

تأليف

محمد بن عرفة الورغمي التونسي

المتوفى سنة ٨٠٣ هـ

صححه ونقحه وعلق هوامشه

الدكتور حافظ عبد الرحمن محمد خير

أستاذ الفقه بكلية الإمام مالك للشريعة والقانون بدبي

طبع على نفقة

مؤسسة خلف أحمد الحبتور للأعمال الخيرية

مؤسسة خلف أحمد الحبتور للأعمال الخيرية

KHALAF AHMAD AL HABTOOR FOUNDATION


بسم الله الرحمن الرحيم

5

المختصر الفقهي



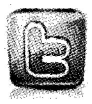
هاتف: 4448 394 4 971+ فاكس: 4476 394 4 971+

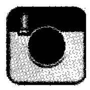
صندوق بريد 124343 دبي، دولة الإمارات العربية المتحدة

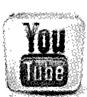
البريد الالكتروني: info@alfarooqcentre.com

الموقع الإلكتروني: www.alfarooqcentre.com

 www.facebook.com/alfarooqcentre

 @AlFarooqCentre

 @alfarooqmosquecentre

 www.youtube.com/AlFarooqCentre

رقم الإيداع الدولي (ISBN)
978-9948-20-795-5

الطبعة الأولى
1435هـ/2014م

[كتاب النفقة]

النفقة: ما به قوام معتاد حال الآدمي دون سرفٍ[1]، فتدخل الكسوة ضرورةً،

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (ما به قوام معتاد حال الآدمي) أخرج به قوام معتاد غير الآدمي وأخرج بقوله: (معتاد حال الآدمي) ما ليس بمعتاد في حاله؛ لأنه ليس بنفقة شرعية وقوله: (دون سرف) أخرج به السرف، فإنه ليس بنفقة شرعا ولا يحكم الحاكم به والمراد هنا النفقة التي يحكم بها.

(فإن قلت): هل المراد هنا بالسرف ما أشار إليه في الحجر أو غيره.

(قُلتُ): لا بل المراد ما أشار إليه في المدَوَّنة في النكاح وهو الزائد على المعتاد من الناس في نفقتهم المستلذة والله الموفق.

(فإن قلت): هذا القيد هل هو مستغنى عنه بقوله: معتاد حال الآدمي.

(قُلتُ): لا بد منه؛ لأن معتاد حال الآدمي هو ما هو عليه من قوة أكل أو غير ذلك وقوله: من (غير سرف) قيد لقوله: ما به قوام وهو المنفق.

قال الشَّيخ: فتدخل الكسوة أشار به إلى خلاف مشهور قد ذكره ابن سهل وغيره، وهو أن الكسوة هل تدخل في النفقة أم لا فقال ابن زَرْب، ومن وافقه بأن ذلك يدخل في النفقة وعليه بنوا إذا التزم نفقة رجل هل تجب عليه كسوته أم لا واحتج بالآية ﴿وَإِن كُنَّ أُولَٰتِ حَمۡلٖ﴾ [الطلاق: 6] الآية، ورده ابن سهل بأن هذا إنما هو في الواجبة لا في المتطوع بها، وقد أحسن الشَّيخ هنا البحث وجمع النقل وحاصل ما في النقل أن ابن زَرْب: وغيره من الشُيُوخ قالوا بأن الرجل إذا التزم نفقة على أحد، ثم قال: أردت غير الكسوة لا يصدق في ذلك وتلزمه الكسوة، وقال ابن سهل وابن رُشْد وغيرهما بأنه يصدق والاستدلال بالآية لا يصح؛ لأن ذلك في النفقة الواجبة.

قال ابن رُشْد: ولا أرى ذلك؛ لأن النفقة وإن كانت من ألفاظ العموم فقد تعرفت عند أكثر الناس في الطعام دون الكسوة.

قال الشَّيخ: حاصله أن النفقة موضوعة للطعام والكسوة، ثم خصصت عنده عرفا في الطعام فقط.

قال الشَّيخ: وتقرر في مبادئ الأصول أن الأصل عدم النقل، ثم قال: وفي قوله: النفقة من ألفاظ العموم مسامحة.

(فإن قلت): ما ذكره الشَّيخ: وفهمه عن ابن رُشْد من أنها موضوعة لما ذكر صحيح وما موقع قوله: وقد تقرر في مبادئ الأصول... إلخ.

(قُلتُ): يظهر أنه اعتراض على ابن رُشْد ولا يرد به إلا إذا كان العرف لم يثبت، وقد ذكر ابن رُشْد ثبوته والبحث عليه ولا يقال الأصل عدم النقل إلا إذا لم يقم دليل عليه؛ نعم يقال تعارض اللغة والعرف، وهو أصل مختلف فيه في الأيمان وغيرها كما إذا قال: لا أكلت رأسا وقد أكل رأس الحوت، وقد وقع في الوكالات ما عارضه وأجيب عنه على قولي ابن القاسم وأشهب، وهذا عندي

وهو مقتضى حكم ابن زَرْب على من التزم نفقة إنسانٍ، ثم قال: أردت الإنفاق دون الكسوة بالكسوة محتجا بقوله تعالى: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمۡلٖ فَأَنفِقُواْ عَلَيۡهِنَّ﴾ [الطلاق: 6].

وقال ابن سهل: في قوله نظر؛ لأن هذا إنما هو في النفقة الواجبة كنفقة الزوجة والأبوة والبنوة، وعامل القراض لا في المتطوع بها، إذا قال المتطوع: لم أرد إلا المطعم، بدليل قولها في الرواحل: لا بأس أن يستأجر العبد على أن على الذي استأجره نفقته وكذا الحر. قال: فقلنا لمالك: فإن اشترط الكسوة؟

قال: لا بأس بذلك، فقوله: لو اشترط كسوة بعد قوله: استأجره، على أن عليه نفقته يدل على أن النفقة لا تقتضي الكسوة، ولو كانت عنده مقتضية لها لقال له إذ سأله عنها: لفظ النفقة يقتضيها، ثم قال ابن سهل آخر كلامه: وأما إن قال ملتزم النفقة: لم تكن لي نيَّة في مطعم ولا ملبس، قيل له: قم بهما جميعا.

قُلتُ: هذا إقرار منه بدخول الكسوة في مسمى النفقة، وهو قول ابن زَرْب؛ لأنه إذا كان من مسماها لزم، ولا ينفعه قوله: إنما أردت الطعام، كما لو قال: ما أردت إلا الكسوة لم يقبل، ثم رأيت المتيطي آثر قوله: قيل له: قم بهما جميعا لعل جواب ابن زَرْب في هذا وهو محل النظر، وإذا لم يتناول لفظ النفقة الكسوة على ما قاله ابن سهل، فكيف يلزمه مع عدم النية؟ وأما إن ادعى نية، فبين أنه لا يقضي إلا بما نوى. قال: ثم رأيت في الموَّازيَّة مثل قول ابن زَرْب.

قال مالك: من أوصى بنفقة رجل حياته أخرج له من الثلث ما يقوم به لمنتهى سبعين سنة من ماء وحطب وطعام وكسوة.

قُلتُ: هذا واضح إلا قوله: (إنما يقضى عليه بما نوى)؛ بل الصواب بمدلول ظاهر لفظه.

قُلتُ: في كتاب الشركة ما نصه: أرأيت المتفاوضين كيف يصنعان في نفقتهما؟

منه وقول الشَّيخ: مسامحة إنما قال ذلك؛ لأنه لما قال النفقة من ألفاظ العموم وهذا اللفظ ليس من ألفاظ العموم وإنما العموم هنا صلاحي لا شمولي.

(قُلتُ): ولعل ابن رُشْد يرى أنه اسم الجنس عام؛ لأنه محلى باللام أو مضاف وفيه بحث لا يخفاك وتأمل بحث الشَّيخ رحمه الله مع ابن سهل، فإنه يخرج ذكره عن المقصد والله سبحانه يوفقنا بمنه وفضله.

قال مالك: تلغى نفقتهما معا، وفي باب المتفاوضين لما قال مالك: تلغى النفقة بينهما علمنا أن ما أنفقا إنما هو من مال التجارة والكسوة لهما ولعيالهما إنما هو من مال التجارة، وتلغى الكسوة؛ لأن مالكًا قال: تلغى النفقة، والكسوة مثل النفقة. انتهى.

ومجموعه دليل لابن زَرْب.

وسئل ابن رُشْد عمن طاع بالتزام نفقة ربيبه مدة الزوجية، ثم طلق أمه ثم راجعها بعد عدتها، هل تعود عليه نفقته؟ وهل تلزمه معها الكسوة؟ فأجاب ببقاء لزومها ما بقي من طلاق ذلك الملك شيء، ولا تلزمه الكسوة إن حلف أنه إنما أراد الطعام دونها، وكان ابن زَرْب وغيره من الشُيُوخ يوجبون الكسوة مع الطعام محتجين بالإجماع على أنها مندرجة في قوله تعالى: ﴿فَأَنفِقُواْ عَلَيۡهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعۡنَ حَمۡلَهُنَّ﴾ [الطلاق: 6]، ولا أرى ذلك؛ لأن النفقة وإن كانت من ألفاظ العموم فقد تعرفت عند أكثر الناس في الطعام دون الكسوة.

قُلتُ: حاصله أن النفقة عنده موضوعة للطعام والكسوة ثم تخصصت عنده عرفا بالطعام فقط، وتقرر في مبادئ أصول الفقه أن الأصل عدم النقل، وفي قوله: (النفقة من ألفاظ العموم) مسامحة.

[باب فيما تجب فيه النفقة على الزوج]

وتجب لنكاح: فيها مع غيرها: بدعاء الزوج البالغ لبنائه، وليس أحدهما في مرض السياق.

اللخمي: يريد بعد قدر التربص للبناء والشورة عادة[1].

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (بدعاء الزوج) كذا وقع في المدَوَّنة والداعي أما الزوجة إذا كانت ثيبا أو أبو البكر إذا كانت تحت نظر أبيها وإن لم تطلب ذلك الزوجة.

قال عياض: هو المذهب عند بعض شُيُوخنا وخالف المأموني في ذلك انظره وقوله: (البالغ) أخرج به غير البالغ واختلف في المطيق الوطء على قولين قوله: (وليس أحدهما...) إلخ أخرج به إذا كان أحدهما في السياق، فإنه لا تجب به النفقة ووقع في المدَوَّنة ما ينظر فيه انظر عياضا فإذا وقع عقد النكاح فلا تجب به النفقة وحده وفيه ثلاثة أقوال انظره.

عياض: ظاهر مسائلها يدل على أن لأبي البكر دعاء الزوج للبناء الموجب النفقة وإن لم تطلب ابنته، وهو المذهب عند بعض شُيُوخنا، وقاله أبو المُطَرِّف الشعبي كجبره إياها على العقد وبيع مالها وتسليمه.

وقال المأموني: ليس له ذلك إلا بدعائها أو توكيلها إياه، ومثله لابن عات.

قُلتُ: ظاهره كانت نفقتها على أبيها أو على مالها، والأظهر الأول في الأول، والثاني في الثاني.

وفي كون العقد كالدعاء للبناء، ثالثها: في اليتيمة لنقل ابن رُشْد مع قوله: هو دليل زكاتها الثاني، وعن المشهور وغيره قال: بناء على اعتبار الاستمتاع في النفقة أو العقد، والثالث استحسان، وعزاه ابن عات وغيره لسَحنون ولابن حارث: لا تلزم نفقة الزوجة حتى يدعى الزوج للبناء اتفاقًا، ونحوه تأويل ابن محرز قولها في الزكاة الثاني بأنه دعي، وفي سماع ابن القاسم: سئل عمن سافر قبل البناء، فطلبت زوجته بعد أشهر النفقة من ماله.

قال: تلزمه نفقتها.

ابن رُشْد: قيل: لا نفقة لها إن كان مغيبة قريبًا؛ لأنها لا نفقة لها حتى تدعوه للبناء، فإن طلبته، وهو قريب أبتت له إما أن تبني أو تنفق، وقيل: لها النفقة من حين الدعاء، وليس عليها انتظاره، وهذا أقيس، وهو ظاهر السماع.

قُلتُ: للخمي: يحسن فرضها إن سافر دون علمها ومضى أمد البناء أو بعلمها، ولم يعد في الوقت المعتاد.

قُلتُ: هذا مقتضى قولها: إن سافر الشفيع بحدثان الشراء، فأقام سنين ثم قدم، إن كان سفرا يعلم أنه لا يؤوب منه إلا لأمد يقطع شفعته فلا شفعة له وإلا فلا.

والدعاء في مرض السياق لغو، وفي مرض لا يمنع الوطء معتبر اتفاقا فيهما، وفيما بينهما قولان لها ولسَحنون ورجحه اللخمي.

وفيها لمالك: إن كان مرضها يقدر معه على الجماع لزمته النفقة بدعائه للبناء، ولابن القاسم: إن كان لا يقدر على جماعها فدعته للبناء وطلبت النفقة فلها ذلك، إلا

أن تكون في السياق، ولم أسمعه من مالك، وبلغني عنه وهو رأيي.

عياض: ظاهره الخلاف، وعليه حمله اللخمي، وحمله غير واحد على التفسير والوفاق.

وفي كون الزوج المطيق الوطء غير بالغ مثله، نقل اللخمي روايتين لابن شعبان ولها، وفي وجوبها بامتناعه بعد الدعاء أو بفرض السلطان، ثالثها: إن امتنع لددًا دون إشكال لمالك وأشهب واللخمي.

[باب في اعتبار حال النفقة]

وفي إرخاء الستور، منها: لا حد لنفقتها؛ وهي على قدر عسره ويسره.

وفي الجلاب وغيره: على قدر حالها من حاله.

اللخمي وغيره: المعتبر حالها وحال بلدهما وزمنها وسعرهما ونحوه سمع عيسى ابن القاسم.

ونقل ابن عبد السلام: اعتبار حال الزوج فقط لا أعرفه.

[باب فيما تكون منه النفقة]

وواجبها: ما يضر بها فقده ولا يضره، وفيما فوقه معتادا لمثلها غير سرف لا يضره خلاف، وفي تعيينه بمقتضى محل قائله وعادته مقالات، فصنف مأكولها جل قوت مثلها ببلدهما يفرض لها من الطعام ما يرى أنه أشبع مما يقتات به أهل بلدهما، من البلاد ما لا ينفق أهله شعيرا بحال غنيهم ولا فقيرهم، ومنها من ذلك عندهم يستخف ويستجاز.

اللخمي: المعتبر الصنف الذي يجري بينهما ببلدهما؛ قمحًا أو شعيرًا أو ذرَّة أو تمرًا.

فلو كان قمحًا وعجز عن غير الشعير ففي لزوم الأعلى.

نقل ابن رُشْد عن سماع يحيى ابن القاسم ودليل سماع القرينين.

الباجي عن ابن القاسم: يراعى قدرها من قدره وغلاء السعر.

قال مالك: يفرض للمرضع ما يقوم بها في رضاعتها وليست كغيرها.

اللخمي: روى محمد: يفرض لها في اليوم مد وثلث نبوي.

وقال ابن القاسم: ويبتان ونصف في الشهر إلى ثلاث؛ يريد: لمن كان بمصر.

ابن حبيب: الويبة اثنان وعشرون مدًا، وأرى القفيز القرطبي وسطا، وهو أربعة وأربعون مدًا.

الباجي عن محمد: أحوال الناس مختلفة، يكون الرجل يعمل بيده ويقل كسبه يفرض عليه بمصر ويبتان في الشهر، فأشار إلى أنه أقل أقوات أهل مصر.

ولابن رُشْد في سماع يحيى: قال مالك في المبسوط: أدركت الناس يفرضون مدا من حنطة. قيل له: لا يكفيها بالمغرب مد. قال: فقدر ما يكفيها.

قال أبو إسحاق: إنما فرض لها مدا لقوله ﷺ للمفطر في رمضان: **«خذ هذا وتصدق به»**[1]، وكان نحو خمسة عشر صاعًا بين ستين مسكينًا، وإنما لم ير التوقيت مرة لقوله ﷺ لهند: **«خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»**[2].

والظاهر من المذهب قول ابن حبيب قياسًا على قول مالك في الظهار أنه مد بمد هشام وهو مد وثلث.

ابن بشير: وقيل: مد ونصف وتقدم في الظهار.

الباجي: روى محمد: يفرض لها مد بمد مروان، وهو مد وثلث نبوي.

قال ابن حبيب: اتخذه هشام بن إسماعيل لفرض الزوجات، فاستحسنه مالك.

قُلتُ: ففي كون القدر مدًا نبويا أو وخمسيه وثلث خمسه، أو مدًا وخمسة أسداسه إلى مدين وخمس، رابعها: مد وثلث، وخامسها: مد ونصف، وسادسها: مد وثلثان، وسابعها: لا توقيت لمالك وابن حبيب وابن القاسم، ورواية محمد.

وتخريج ابن رُشْد على كفارة الظهار بمد هشام مع الأقوال في قدره، ورواية

---

(1) أخرجه البخاري: 4/141 - 149 في الصوم، باب إذا جامع في رمضان ولم يكن له شيء فتصدق عليه فليكفر، ومسلم: رقم (1111) في الصيام، باب تغليظ تحريم الجماع في نهار رمضان على الصائم.

(2) أخرجه البخاري: 4/338 في البيوع، باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم، ومسلم: رقم (1714) في الأقضية، باب قضية هند.

المبسوط مع اللخمي قائلا: ليس الموسر كالمعسر، ولا الشدة كالرخاء، وثامنها: قول ابن عات ما نصه: المشاور: يلزم الملي مدان في كل يوم بمده ﷺ في جزاء الصيد، وبه يقضى في صيام الظهار، والمتوسط يلزمه مد وثلث، وقيل: مد ونصف على التوسط من العيش، وبه يقضى في كفارة اليمين.

قُلتُ: قوله: في جزاء الصيد مشكل؛ لأن قدر الإطعام فيه مد بمده ﷺ، وكذا قوله في صيام الظهار، وصوابه كفارة الظهار.

ابن رُشْد: ورواية المبسوط: ليس عليه طحن المد، خلاف سماع عيسى ابن القاسم: يفرض لها من النفقة ما فيه ماؤها وطحنها ونضج خبزها.

قُلتُ: لعل المنفي ولايته طحنه والمثبت أجره.

المتيطي: وافق ابن حبيب من بعده من أهل العلم بقرطبة على ما ذكر من قفيز القمح وشرطه مطحونا.

ابن سهل عن ابن حبيب: ومن الإدام الخل والزيت على الاجتهاد وحال البلد، وأراه ببلدنا ربع خل ونصف ربع زيت في الشهر؛ لأنهما الإدامان اللذان يدور عليهما المعاش مع الاستسراج بالزيت، ومن الحطب حملان، ومن اللحم درهم في الجمعة، ودرهمان أو ثلاثة في الشهر لما لخبز وطحن ودهن وغسل ثوب وماء ونحو ذلك.

المتيطي عن بعض الموثقين: وافقه فقهاء قرطبة على الزيت، وفرضوا من الحطب حملًا واحدًا، وعن صرف سبعة دراهم، ولم يذكروا خلًا ولا لحمًا، وهو مجموع في السبعة دراهم.

اللخمي: لها أجرة الطحن والعجن والخبز إن كان لها خادم.

ابن سهل عن ابن حبيب: لا يفرض سمن ولا عسل ولا جبن ولا غيره.

اللخمي: قاله محمد، وهذا في المتوسط لأدنى اليسار.

ابن سهل: انظر إن قل أكلها لمرض وطلبت فرضًا كاملًا، أو تكون قليلة الأكل يكفيها اليسير، وطلبت فرضًا كاملًا، هل يقضى لها بذلك أم بقدر حاجتها وكفايتها؟ وفي كتاب الوقار: إن مرضت لزمه نفقتها، لا أزيد مما يلزمه في صحتها.

المتيطي: الصواب أن ليس لها إلا ما تقدر عليه من الأكل، وذلك أحق في المريضة؛ إذ النفقة عوض المتعة.

قُلتُ: ولقول الأكثر إن كانت أكولة فعليه ما يشبعها وإلا طلقها.

وقال أبو عمران: لا يلزمه لها إلا المعتاد، وإن كانت قليلة الأكل فلها المعتاد تصنع به ما شاءت.

[باب في اللباس]

[واللباس]: قال اللخمي: قميص ووقاية وقناع، هي في الجودة والدناءة على قدرهما ويسر الزوج، ويزاد لبعض النساء ما يكون في الوسط، ويزدن في الشتاء ما يقي البرد.

الباجي وابن سهل عن ابن حبيب: وللباسها قميص وفرو لشتائها من خرفان أو قلنيات تحته قميص وفوقه آخر، ولفافة سابغة لرأسها ومقنعة فوقها تجمع بها رأسها وصدرها، فإن لم تكن مقنعة فخمار، فإن لم يكن فإزار تقذفه على رأسها وتجمع به ثيابها، وخفان وجوربان، الخفان والفرو لسنتين، ثم يجدد، وما وصفناه لسنة ثم يجدد.

قُلتُ: وفي سماع عيسى ابن القاسم: يفرض لها لباس الشتاء والصيف، من الجبة والقرقل والمقنع والإزار والخمار، وشبه ذلك مما لا غنى لها عنه، وما يسترها ويواريها.

اللخمي: لابن القاسم في المَوَّازية: لا يفرض خز ولا وشي ولا حرير، وإن كان متسعا.

ابن القُصَّار: إنما قال مالك: لا يفرض الخز والوشي والعسل لقناعة أهل المدينة، فأما سائر الأمصار فعلى حسب أحوالهم كالنفقة، وفي سماع عيسى: الكسوة على قدرها وقدره، ليس في ذلك خز ولا حرير ولا وشي، وإن كان يجد سعة.

ابن رُشْد: معناه في الخز والحرير المرتفع الذي لا يشبه أن يبتذله مثلها؛ إذ قد يكون في الخز والعصب والشطوى ما يشبه العصب الغليظ، فيلزمه مثله إن كانت حاله متسعة، وكانت نحو لبسة أهل البلد على ما في سماع يحيى لابن وَهْب.

وفي سماع عيسى ابن القاسم: يفرض لها اللحاف لليل والفراش والوسادة والسرير إن احتيج له لخوف العقارب وشبهها.

ابن سهل عن ابن حبيب: إن كانت حديثة البناء وشورتها من صداقها فليس لها غيرها، لا في ملبس ولا في مفرش وملحف؛ بل له الاستمتاع بذلك معها، بذلك مضت السنة وحكم الحكام؛ يريد: إلا أن يقل صداقها عن ذلك، أو كان عهد البناء قد طال فعليه ما لا غنى عنه بها، وذلك في الوسط فراش ومرفقة وإزار ولحاف ولبد تفترشه على فراشها في الشتاء، وسرير لخوف عقارب أو حيات أو فأر أو براغيث، وإلا فلا سرير عليه، وحصير حلفا يكون عليها الفراش وحصير ثان أو بردي، وفي الطرر: من الاستغناء، ومن كتاب آخر: سئل عمن دفع نقد امرأة وهديتها، فلما بنى وبقيت شهرًا أو أكثر طلبت الكسوة، وكان ابتاع لها محشو ملحم في هديتها. قال: إن كان الصداق واسعا فلا كسوة عليه في خلال العام، وإن كان ضيقا فعليه الكسوة، ولا عليها أن تبتذل الهدية إلا من حقها، ولها أن تتزين له بالهدية وقتا بعد وقت.

وفي نوازل ابن رُشْد: إن لم يكن لها في النقد فضل عن ما تجهزت به مما لا غنى بها عنه فلها الكسوة بالقرب، وإن كان كثيرًا يقوم بكسوتها وما لا غنى لها عنه، فلا كسوة لها حتى يمضي من المدة ما تجدد له الكسوة، كان لها ثياب أو لم تكن.

قُلتُ: تقدم لابن سهل مدة تجديد الخفين والفرو سنتان، ومدة تجديد غيرها من الكسوة سنة، وهو قول ابن حبيب، وقبله منه ابن بطال وابن كوثر وغيرهم.

اللخمي: ظاهر المذهب أن ثياب خروجها عادة والملحفة لا تلزمه.

وقال في المبسوط: يفرض على الغني ثياب مخرجها، وعزاه ابن زرقون لرواية ابن نافع في مختصر ما ليس في المختصر.

قال مالك مرة: لا يقضى عليه بدخول الحمام إلا من سقم أو نفاس.

ابن شعبان: يريد الخروج إليه لا أجرة الحمام.

وأما الزينة فقال اللخمي عن محمد: يفرض لها ما يزيل الشعث كالمشط والمكحلة والنضوح ودهنها وحناء رأسها.

ولابن وَهْب في العتبية: في الطيب والزعفران وخضاب اليدين والرجلين ليس

عليه ذلك، وقاله محمد في الصبغ.

ولمالك في المبسوط: يفرض على الغني طيبها لا الصباغ، إلا أن يكون من أهل الشرف والسعة وامرأته كذلك.

قُلتُ: المراد بالصبغ صبغ ثيابها. قاله ابن زرقون.

الباجي: لمحمد عن ابن القاسم: ليس عليه نضوح ولا صباغ ولا المشط ولا المكحلة.

وليحيى عن ابن وَهْب: لها حناء رأسها.

الباجي: معناه عندي أن ليس عليه من زينتها إلا ما تستضر بتركها؛ كالكحل والمشط بالحناء والدهن لمن اعتاد ذلك، والذي نفى ابن القاسم إنما هو المكحلة لا الكحل نفسه، فتضمن القولان أن الكحل يلزمه لا المكحلة، وعليه يلزمه ما تمتشط من الدهن والحناء لا آلة المشط.

وفي سماع عيسى ابن القاسم: يفرض لها الدهن وحناء رأسها ومشطها وشبه ذلك، وأما المشط والمكحلة والصبغ فلا أدري ولا أراه.

ابن رُشْد: إنما أوجب لها ذلك؛ لأنها عادة نسائهم، ولا يفرض ذلك عندنا؛ إذ لا يعرفه نساؤنا، لكل أهل بلد عرفهم، واضطرب قول ابن القاسم في المشط، فله في أول كلامه: يفرض، وفي آخره: لا يفرض.

قُلتُ: ما تقدم للباجي ينفي اضطرابه.

وفي كون أجر القابلة عليها أو عليه، ثالثها: إن استغنى عنه النساء فعليها وإلا فعليه، وإن كانا ينتفعان به معا فعليهما على قدر منفعة كل منهما، لسماع القرينين من طلاق السنة وابن رُشْد عن أَصْبَغ وسماع ابن القاسم ولم يحك الباجي الأول، وعزا الأخير لمحمد.

ابن حبيب: ليس عليه أجر الحجامة ولا الطيب.

ابن زرقون: في نفقات ابن رشيق عن ابن عبد الحكم: عليه أجر الطبيب والمداواة، ونحوه قول أبي حفص العطار: يلزمه أن يداويها بقدر ما كان لها من نفقة صحتها، لا أزيد.

وفيها: ليس عليه خادم.

[باب في الإسكان]

وفيها: ووجوب الإسكان كالنفقة وحال السكنى قدرا وصفة ومكانا باعتبار حال الزوجين.

وسمع ابن القاسم في كتاب النكاح: من أسكن زوجته مع أبيه وأمه فشكت ضرر ذلك فليس ذلك له قيل: يقول: إن أبي أعمى لا أغلق دونه بابا. قال: ينظر في ذلك إن رئي ضرر حولها عن حالها.

ابن رُشْد: ولا يسكن معها أولاده من امرأة أخرى في دار واحدة إلا برضاها. قاله في سماع سَحنون من طلاق السنة لضررها باطلاعهم على تصرفاتها وأمر الأعمى أخف، فأوقف مالك أمر الأعمى على النظر، وحمله على عدم الضرر حتى تثبت المرأة أنه يضر بها؛ لأن قوله: (فإن رئي ضرر) معناه فإن ثبت ذلك.

وقال ابن الماجِشُون فيمن هي وأهل زوجها في دار واحدة تقول: أهله يؤذونني، أفردني عنهم: رب امرأة ليس لها ذلك لقلة صداقها أو وضيعة قدرها، ولعله على ذلك تزوجها وفي المنزل سعة، فأما ذات القدر واليسار فلا بد له أن يعزلها، وإن حلف أن لا يعزلها حمل على الحق أبره ذلك أو أحنثه ليس بخلاف؛ لقول مالك فيمن لا يشبه حالها من النساء أن يسكنها وحدها، وله أن يسكنها في دار جملة، ليس على زوجها أن يخرج أبويه عنها إلا أن يثبت إضرارهما بها.

ابن سهل: أجاب ابن زَرْب: من تزوج امرأة له ولد صغير من غيرها، فأراد إمساكه بعد البناء وأبت ذلك، إن كان له من يدفعه إليه من أهله ليحضنه له ويكفله أجبر على إخراجه، وإلا أجبرت على بقائه، ولو بنى بها والصبي معه ثم أرادت إخراجه لم يكن لها ذلك، وكذا الزوجة إن كان لها ولد صغير مع الزوج حرفا بحرف.

ابن عات في المجالس: إن أراد أن يكتري لها دارا ورغبت هي في السكنى في دارها بمثل ما يكرى لها فالقول قولها.

وفي العدة منها: إن كانت المعتدة في مسكن بكراء، فلم تطلب به الزوج إلا

بعد العدة فلها الكراء، وكذا لو لم يفارقها فطلبته به بعد تمام السكنى، فذلك لها إن كان موسرًا.

وفي الرواحل منها: من نكح امرأة وهي ببيت اكترته سنة، فدخل بها فيه، وسكن باقي السنة، فلا كراء عليه لها ولا لربه، وهو كدار تملكه إلا أن تبين له أني بالكراء أسكن فإما وديت أو خرجت، قال غيره: عليه الأقل من كراء المثل أو ما اكترت به.

عياض: ما في العدة خلاف ما في الدور، وتكلم الأشياخ عليهما، وهو بين اختلاف قول أو سؤال، وترجح في ذلك بعضهم، وفسر المتيطي وغيره المثل بأمرين مثل كراء الدار أو مثل كراء ما يكريه لها، فهو أقل من ثلاثة أشياء. قال: وقال أبو عمران على الخلاف حملها فضل وابن لبابة وغيرهما، وليس كذلك؛ مسألة العدة لم تملك فيها السكنى وفي الأخرى ملكتها.

ابن عبد الرحمن: الكراء في العدة مشاهرة، فبناء الزوج والكراء غير لازم لها فلزمه، وفي الآخر هو لسنة معينة فبنا وهو لازم لها، كمسكن لها، وذكر عن ابن القاسم: إن دعته للبناء في دارها أو في دار هي فيها بكراء، فلا كراء عليه، وإن كان هو الذي اختار ذلك فعليه الكراء.

وفرق غيره بأنها في مسألة العدة مطلقة فصار كأجنبي، وفي الأخرى هي في عصمته، واختار ابن لبابة أن تحلف ما سكنت عن القيام عليه في الكراء هبة له وتأخذه به.

قال فضل: جيدة في اليمين.

وقال ابن الهندي: جرى العمل بوجوب الكراء عليه في دارها ولم يذكر يمينا.

وفرق ابن العطار في مسألة الكراء، فأوجبه للمولى عليها، ولم يوجبه للمالكة نفسها.

وتعقبه ابن الفخار، فقال: إن كان الكراء من حق الزوجة فيما سلف فلا فرق بين المولى عليها وغيرها، وقد اختلف في ذلك قوله في المدَوَّنة، ولم يختلف قول مالك في أكله مالها وهي تنظر، لا تغير ولا فيمن أنفقت عليه، أن ذلك لها، وإن كان عديما حال الإنفاق.

وتعيين المسكن اللائق بها له دونها لقول الباجي وقبوله.

ابن عات: للأب، شرط أن لا يخرجها من دارها بموضع كذا، وإن كان ممنوعا من هبته مالها؛ لأن للزوج إسكانها حيث شاء، فلما قصره الأب على دارها ترك له شيئًا من مالها، وتقدم لابن عبد السلام في فصل سكنى المعتدة خلافه بتخريج تقدم.

رده ابن عات، صوب ابن لبابة قضاء سليمان بن أسود على أب طلب زوج ابنته، وهي في ولايته بإخراجه من دارها ليكريها لها، وقال القاضي: لزوجها: ألك دار؟ قال: لا؛ يمنعه إخراجه منها قائلا له: لا كرامة لك أن تخرج ابنتك من دارها إلى دار خرج، تمشي بفراشها على عنقها من دار لدار، ليس هذا من حسن نظر.

ثم قال: سأل ابن دحون ابن زَرْب عن شرط أن لا يرحلها من دارها إلا أن تطلبه بالكراء، فقال: ذلك جائز، فإن طلبته بكراء ما مضى لم يلزمه إن كانت رشيدة عالمة بالشرط، وإن كانت مولى عليها غرمه.

قال ابن دحون: فإن كانت ذات أب وأباح له السكنى لأي شيء لا يضمن الأب الكراء، ويكون محمل الهبة، فقال: ليس هبة، والكراء على الزوج، وليس للأب أن يهب مال ولده، وتأمل هذا مع قضية سليمان بن أسود.

وللباجي وابن مغيث خلاف قول ابن زَرْب.

وفي ثاني نكاحها لا يجوز العفو عن شيء من صداقها إلا للأب لا لوصي ولا غيره.

ابن القاسم: إلا أن يكون على وجه النظر لها، فيجوز إذا رضيت، مثل أن يعسر بالمهر فيسأل التخفيف، ويخاف الولي الفراق.

عياض: يحتج به في مسألة: إذا رضيت المحجورة بسكنى زوجها معها دارها، وإنفاقها على نفسها خوف طلاقها رغبة في زوجها، وأنه إن فارقها رجعت تسكن دارها وتنفق على نفسها، أن ذلك لها، على ما أفتى به شُيُوخ الأندلس، وبه أفتى ابن عتاب وشيخنا هشام بن أحمد وابن حمدين القاضي وغيرهم وهو النظر، ولم يره في إسقاط النفقة أبو المُطَرِّف الشعبي، وقال: يلزم هذا فيما يطلبه من مالها إذا خشيت فرقته.

عياض: وهذا لا يلزم؛ لأنها تقول في الوجه الأول: إن فارقني رجعت آكل مالي

وأسكن داري ولا أتزوج سواه.

قُلتُ: إن كانت ممن يرغب فيها فالأظهر قول الشعبي وإلا فقول غيره، وأخذه عياض أيضًا من قولها في إرخاء الستور بوجوب إنفاقه على أمه الفقيرة ولها زوج معسر لا حجة له، إن قال: لا أنفق حتى يطلقها.

وفيها: ليس عليه خادم إلا في يسره، ويتعاونان في الخدمة.

وفيها: ليس عليها من خدمتها وخدمة بيتها شيء.

وفي إرخاء الستور منها: إن اتسع أخدمها.

الباجي واللخمي عن ابن الماجِشُون وأصبغ: عليه إخدامها إن كانت ممن لا تخدم لحالها وغنى زوجها، وإن لم تكن ذات شرف ولا في صداقها ثمن خادم فعليها الخدمة الباطنة؛ العجن والطبخ والكنس والفرش واستقاء الماء، وكذا إن كان مليا إلا أنه مثلها في الحال وأشرف، وليس من أشراف الناس الذين لا يمتهنون نساءهم بخدمة، وإن كان معسرًا فلا خدمة عليه، وإن كانت ذات شرف وعليها الخدمة الباطنة كالدنية.

زاد عياض عن ابن مسلمة: يجب عليها خدمته داخل بيتها.

ابن نافع: عليها أن تنظف وتفرش وتخدم.

ابن خويز منداد: عليها خدمة مثلها، وخدمة ذات القدر الأمر والنهي في مصالح المنزل، وإن كانت دنية فعليها السكنى؛ الكنس والفرش وطبخ القدر واستقاء الماء إن كانت عادة البلد، لعله يريد من بئر دارها، وما قرب منها وخف، وقال أصحابنا: لا شيء عليها غير تمكين نفسها.

وفي المبسوط: لا شيء عليها من خدمة بيتها ولا كنس ولا عجين إلا مثل أصحاب الصفة، التي إن لم تطحن لزوجها طحنت لغيره.

وفي أجوبة ابن رُشْد قيل: الإخدام واجب لها تطلق عليه بالعجز عنه، قاله ابن الماجِشُون، ولابن القاسم: لا تطلق به.

ابن حبيب: لا يجب إلا أن يكون موسرا، وهي من ذوات القدر.

قُلتُ: ففي وجوبه مع التطليق بالعجز عنه أو دونه، ثالثها: يجب بيسره مع كونه ممن لا يخدم بنفسه أو كونه ممن لا تخدم امرأته بنفسها، ورابعها: وجوبه إلا أن يكون

مثل أصحاب الصفة، وخامسها: وجوبه إن اتسع وإلا تعاونا في الخدمة، لابن رُشْد عن ابن الماجِشُون وابن القاسم وابن حبيب وابن خويز منداد عن أصحابنا ولها.

ونقل ابن رُشْد عن ابن الماجِشُون: التطليق بالعجز عنه خلاف نقل الباجي واللخمي عنه، وعلى الثالث: لو تنازعا في كونها من ذوي الخدمة ففي كون البينة عليه أو عليها نقلا ابن عات.

المتيطي: إن كان في عقد نكاحه، وعلم الزوج المذكور أن زوجته هذه ممن لا تخدم نفسها لحالها ومنصبها، فطاع بالتزام خدمتها، وأقر أنه ممن يلزمه ذلك، ويتسع ماله له لم يقبل قوله أنه لا يطيق الإخدام، وكذا لو شهد له بها زعم بينة لم تنفعه لاعترافه بسعته، إلا أن يعلم أنه أصابه أمر أذهب ماله، كقولهم في الغريم يعترف لرب الدين بملائه ثم يقيم بينة بعدمه، قال: وحكى بعض شُيُوخنا من القضاة عن بعض شُيُوخه من القرويين، أن بينته بالعدم تنفعه، ولا يضره ما أشهد به على نفسه، ولولا ذلك لم يداين، والذي عليه العمل، وقاله غير واحد من الموثقين: أنه لا تنفعه بينته ويسجن أبدا حتى يؤدي دينه.

المتيطي: ذو السعة في قصر وجوب إنفاقه على خادم ولزوم ثانية إن كانا ممن لا تصلحها واحدة، ثالثها: إن ارتفع قدرها جدا كابنة السلطان والهاشمية زيد في عدد خدمها الأربع والخمس؛ لرواية ابن القاسم والمبسوط مع سماع أصبغ.

ابن القاسم: تلزمه نفقة الخادمين والثلاث إن كانت ذات غنى وشرف، وقول أصبغ: قال الشَّيخ أبو إبراهيم: يريد إن طالبها باستعمال هذه الأموال والرتب، وإن اقتصد لم يلزمه أكثر من واحدة، ولو طلبت نفقة خادمها، وقال: أخدمها بخادمي أو أكري من يخدمها بقدر نفقة خادمها أو أكثر، ففي قبول قولها أو قوله نقل الباجي رواية ابن القاسم مع فتوى ابن عبد الرحمن.

ونقل المتيطي عن بعض الموثقين قائلا، وقال غيره: يخير في نفقة خادمها وكراء امرأة تخدمها حرة أو أمة وشراء خادم تخدمها.

الباجي: أو يخدمها بنفسه.

قُلتُ: منهن من إخدامها بكراء غضاضة عليها، ولاسيما إن كان ذلك لموت

خادم مهرها.

وفي طرر ابن عات: قيل: إنما تلزم الزوج نفقة من يخدم زوجته إن أتت بها، وليس عليه أن يأتي بمن يخدمها.

المشاور: يلزمه أن يأتي بمن يخدمها أو يشتري لها خادما، وعاب القول الأول ولم يره شيئًا.

المشاور: إن ادعى الزوج أن خادم زوجته تفسدها عليه وتسرق ماله، فأراد إخراجها لذلك، لم يقبل منه إلا ببينة، أو يعرف ذلك جيرانه، ونحوه في مسائل محمد بن تليد فتأمله، ففيه خلاف ما نقل محمد بن الموَّاز.

وفي أجوبة ابن رُشْد: على القول بإيجاب الإخدام لا أثر لشرطه في عقد النكاح، وعلى سقوطه لا يصح اشتراطه، فإن وقع أوجب الفسخ قبل البناء، فإن طاع به بعد العقد جاز اتفاقا.

وسمع ابن القاسم في كتاب السلطان: ليس لمن سألته امرأته أن تسلم على أخيها وأبيها منعها ذلك ما لم تكثر، والأمور التي يريد أن يمنعها لها وجوه، ليس كل النساء سواء، وأما المتجالة فلا أرى له ذلك ورب امرأة لا تؤمن في نفسها، فله ذلك فيها.

ابن رُشْد: هذا مثل سماع أشهب من الأيمان بالطلاق، يقضى عليه أن يدعها تشهد جنازة أبويها وتزورهم، والأمر الذي فيه الصلة والصلاح؛ فأما شهود الجنائز والعبث واللعب فليس ذلك عليه، خلاف قول ابن حبيب: لا يقضى عليه حتى يمنعها الخروج إليهم ودخولهم إليها، فيقضى عليه بأحد الوجهين، ولا يحنث إذا حلف حتى يحلف على الأمرين فيحنث في أحدهما، وإنما هذا الخلاف في الشابة المأمونة، ويقضى عليه في المتجالة اتفاقا لزيارة أبيها وأخيها، والشابة غير المأمونة لا يقضى عليه بالخروج إلى ذلك ولا إلى الحج، رواه ابن عبد الحَكم ، والشابة محمولة على الأمانة، حتى يثبت أنها غير مأمونة.

وسمع القرينان يمينه ألا تخرج زوجه إلا بإذنه في الأيمان بالطلاق إن حلف به أو بعتق، أن لا يدعها تخرج أبدا، أيقضى عليه في أبيها وأمها ويحنث؟ قال: لا.

المتيطي: له منعها من زيارة أهلها إلا ذا محرم منها.

قال مالك: إن اتهم ختنه بإفساد أهله نظر، فإن كانت متهمة فله منعها بعض المنع لا كل المنع وإلا لم تمنع.

وروى ابن أشرس وابن نافع: إن وقع بينه وبين أخي امرأته كلام لم يكن له منعه منها.

قال مالك: ولها أن تعود أخاها أو أختها في مرضها، ولو كان زوجها غائبا عنها ولم يأذن لها حين خروجه، وذكر ما تقدم لابن حبيب، وقال: ولو كان في عقد نكاحه شرط أن لا يمنعها من زيارة أهلها من النساء، وذوي محارمها من الرجال، ولا يمنعهم زيارتها فيما يحسن من المتزاورين ارتفع الخلاف، وكان لها ذلك.

قُلتُ: ظاهر المذهب عدم لزوم الشروط إذا لم تعلق بيمين وهذا منها، قال: ويدخل في أهلها من النساء العمات والخالات وبناتهن وبنات الأخ والأخت والعم والخال وبنات بناتهن، ومن هن عند الناس من الأهل وإن لم تكن ذات محرم.

قال مالك: ممن لا زوج لها منهن، ومن لها منهن زوج لا تزورها إلا بإذن زوجها، قيل له: فما حد ما تزور فيه؟ قال: في كل شهر مرتان، أما كل يوم فذلك تبرج الجاهلية قبل ضرب الحجاب، قيل له: قال قوم: في كل جمعة مرتان فأنكره.

المتيطي: أما البنون الصغار الذين ليسوا مع أمهم فيقضى لهم بالدخول عليها في كل يوم، وإن كانوا كبارا ففي كل جمعة، فإن حلف بالطلاق أن لا يدخلوا عليها أمر الزوج بإخراج أمهم إليهم، فإن حلف على الأمرين جبره السلطان على دخولهم أو خروجها إليهم، ولا يحنث إلا أن يزيد في يمينه ولا بسلطان.

قُلتُ: هذا خلاف ما تقدم لابن رُشْد عن ابن حبيب من حنثه، ولو لم يزد في يمينه ولا بسلطان، ومثله نقل الصقلي عنه، وهو على الخلاف في إكراه السلطان حسبما مر في الأيمان.

المتيطي: قال بعض الموثقين: إن احتاجت أن يدخل بينة للشهادة عليها لم يكن للزوج منعها، وليس لها أن تدخل أحدا بغير إذنه.

قُلتُ: الأولى عزو ذلك لنوازل سَحنون في كتاب الشهادات.

فيها: لذات الزوج أن تدخل رجالا تشهدهم على نفسها بغير إذن زوجها وهو غائب؛ لأنه لو حضر لم يكن له منعها ذلك، ولا تدخلهم في مغيبه إلا ومعها ذو محرم.

قُلتُ: وأخل المتيطي بشرط وجود ذي المحرم.

قال ابن رُشْد: لقوله ﷺ: **«لا تسافر امرأة مسيرة يوم وليلة إلا مع ذي محرم منها»**[1]، فإن لم يكن لها ذو محرم قام أهل الصلاح والفضل مقامه.

وفي الشفعة منها لذات الزوج تسليم شفعتها ولها الشراء والبيع، ولا يمنعها الزوج من ذلك ولا من أن تتجر، فأخذ منه غير واحد أن ليس للزوج أن يجعل على باب مسكنها قفلا، وهو نقل ابن فتحون عن المذهب، قال في آخر الباب التالي لباب عقد الشهادات في الوصيَّة ما نصه: وله منعها من الخروج إلى التجر، وليس له أن يقفل عليها إلا برضاها.

في الطرر ما نصه: في المديان من المدَوَّنة: له منعها من الخروج ولم يشترط إلا من التجر.

وقال ابن أبي زَمَنَيْن في المقرب: إلا أن تخرج المرة بعد المرة فيما يجوز لها أن تخرج فيه فليس له منعها، ذكره بعض العلماء.

وقال ابن محرز مفسرا لما في المدَوَّنة عن ابن الكاتب: يعني الخروج للتجر وإلا فقد قال: إن كانت حسنة الحال لها الخروج المرة بعد المرة لأبويها.

وفي كون الواجب في فرض النفقة ثمن ما فرض أو نفسه، ثالثها: الخيار فيها للزوج، ورابعها: بل للحاكم، ولا يجوز في الطعام ثمن، لعياض عن ظاهر المذهب مع أخذ ابن محرز من قولها: من له دين على امرأته وهي معسرة فلا يقاصها في نفقتها، فإن كانت ملية فله مقاصتها بدينه في نفقته.

ونقل عياض عن محمد، ونقله مع ابن سهل والباجي عن ابن حبيب وعياض عن البغداديين، وعلى الثاني قال: تردد بعض الشُيُوخ في جواز دفع الثمن عن الجميع،

---

(1) أخرجه البخاري: 2/468 في تقصير الصلاة، باب في كم يقصر الصلاة، ومسلم: رقم (1339) في الحج، باب سفر المرأة مع محرم إلى حج وغيره.

ومنعه أو دفعه عن غير الطعام.

وتردد ابن عبد السلام في منع تأخير ما أخذ عن ما وجب، وجوازه بعيد؛ لوضوح كونه فسخ دين في دين، وبعد قياسه على فسخ الكتابة في مؤخر واضح.

وفيها: قلت: إن خاصمت زوجها في النفقة كم يفرض لها؟ أيفرض لها نفقة سنة أم نفقة شهر؟ قال: لم أسمع فيه من مالك شيئًا، وأرى أن ذلك على اجتهاد الوالي في عسر الزوج ويسره، ليس الناس سواء.

اللخمي: أجاز ابن القاسم أن يفرض سنة، وقال سَحنون: الفرض سنة؛ لأن الأسواق تحول، وأرى أن يوسع في المدة إن كان الزوج موسرا ولم يؤد إلى ضرره؛ لأن الشأن الفرض عند مقابحة الزوجين وقلة الإنصاف ولدد الزوج، وفي قصر المدة ضرر في تكرير الطلب عند لدده، فإن كان موسرا فالأشهر الثلاث أو الأربع حسن، وفي المتوسط الشهر والشهران، وإن كان ذا صنعة فالشهر، فإن لم يقدر فعلى قدر ما يرى أنه يستطيع أن يقدمه.

والكسوة تفرض مرتين في الشتاء والصيف؛ لأنها لا تبعض وتكون بالشهر والأيام، وكذا الغطاء والوطاء.

قُلتُ: انظر هل مرادهم بالمدة مدة دوام القدر المفروض أو مدة ما يقضى بتعجيله، والأول ظاهر تعليل سَحنون منع السنة بأن الأسواق تحول، والثاني نص اللخمي وتعليلهم باعتبار حال الزوج.

وفي كتاب ابن سَحنون: سأله حبيب عن من لا يجد ما يجري على امرأته رزق شهر، هل يجري عليها رزق يوم بيوم من خبز السوق؟ قال: نعم، يجري رزق يوم بيوم بقدر طاقته، قيل: فإن كان به جدة، وليس بالملي، تطلب أن يرزقها جمعة بجمعة؟ قال: بقدر ما يرى السلطان من جدته، من الناس من يجري يوم بيوم، ومنهم جمعة بجمعة، ومنهم شهر بشهر.

قُلتُ: انظر لم يقع لفظ الخبز إلا في لفظ السائل مع إضراب سَحنون عنه في لفظ جوابه، ومقتضى متقدم أقوالهم عدم فرض الخبز، ففي قول ابن الحاجب: فقد يكون باليوم أو بالجمعة أو بالشهر، وقد يكون بخبز السوق نظر.

وضياع نفقة الزوجة وكسوتها: اللخمي عن محمد: ولو قامت بذلك بينة منها وهو ظاهرها، قال: ويتخرج فيها أنها منه قياسا على الصداق إذا كان عينا؛ لأن محملها على أنها تكتسي نفس ذلك حتى يعرف أنها أمسكته لتلبس غيره وتبيعه، ولأنه لو كساها بغير حكم لم تضمن، وإنما فعل الحاكم ما حقها أن تفعله بغير حكم، ويختلف إن بليت الكسوة قبل الوقت الذي فرضت له، هل يكون حكما مضى أم لا؟ كالخارص يبين خطأ، ومن أخذ دية عينه ثم برئت اختلف فيه، وأرى أن يرجع إلى ما تبين؛ لأن هذا حقيقة والأول ظن، ولأن من حق الزوج إذا انقضى أمد فرضها وهي قائمة أن لا شيء عليه حتى تبلى، فكذا إذا بليت قبل، وقبله المتيطي وغيره، ويرد بتحقق الخطأ في المقيس عليه في الصور الثلاث وعدم تحققه في المقيس لجواز كونه بحوزها في اللبس.

ابن محرز عن محمد: إن ادعت تلف نفقة ولدها لم تصدق، وإن كانت لها بينة فلا ضمان عليها إلا في أجر الرضاع فقط.

ابن محرز: لأنه شيء أخذته على وجه المعاوضة، ونفقة ولدها إنما قبضتها للولد إلا أنه ليس محض أمانة لها من الزوج فتصدق في عدم البينة؛ لأنه لو امتنع من دفعها لحكم به عليها، فضارع ذلك حكم العواري والرهان والمشتري على خيار، فإن قامت بتلفها بينة لم تضمنها وإلا ضمنتها وقبله ابن عات.

ويرد بأن منفعة الرَّهن والعارية والمبيع بخيار لقابضه، وهي في الحاضنة لغيرها وهو المحضون، ولاسيما على أن حق الحضانة للمحضون، ففي ضمانها نفقتها لا لإرضاعها ونفقة ولدها، ثالثها: نفقتها فقط لتخريج ابن محرز، وتخريج اللخمي وقول محمد، وقول ابن عبد السلام في قول ابن الحاجب: ويحاسبها من دينه إن كانت موسرة وإلا فلا.

القياس أن لا فرق بين الملية والفقيرة، كما في الأجنبيين إذا كان لكل واحد منهما على صاحبه حق، يرد قوله فيها وفيما زعمه في الأجنبي، بأن شرط وجوب المقاصة وجوب تعجيل الحق من الجانبين، وهو لا يجب على المرأة إلا بشرط يسرها بالحق زائدا على ما يجب تركه للمفلس من نفقته وعيش أهله الأيام، فإذا كانت معسرة به وجب تأخيره فبطلت المقاصة، وكذا الأجير المعسر بنفقته، لا يجب عليه مقاصة من استأجره

بأجرته في دين له عليه، إلا فيما زاد على قدر نفقته.

وفي سقوط نفقتها بنشوزها، ثالثها: إن لم تكن حاملا، ورابعها: إن خرجت من المسكن، وخامسها: إن عجز عن صرفها عن نشوزها، وسادسها: إن فعلت ذلك بغضة لا لدعوى طلاق.

لابن رُشْد عن سماع عيسى، مع نقله عن سَحنون والأبهري مدعيا الإجماع على ذلك، والمتيطي عن رواية القاضي قائلا هي الأظهر، وابن رُشْد عن رواية محمد مع قول المتيطي: هي الأشهر، وله عن الشَّيخ أبي القاسم، وعن الوقار وعن القابسي وعن سَحنون.

ابن عبد البر: خالف ابن القاسم الفقهاء في وجوب نفقة الناشز، واختار اللخمي الأول.

ابن رُشْد: وأخذه ابن الشقاق من قول ابن القاسم فيها، فيمن غلبت زوجها فخرجت من منزله في العدة من طلاق بائن وسكنت غيره، لا كراء لها عليه فيما سكنته، غير صحيح؛ لأن ابن القاسم فرق بين المسألتين في الموَّازية، فأوجب للناشز النفقة بخلاف المعتدة، والفرق بين؛ لأن السكنى متعين لها في مسكن الطلاق لا في ذمته، فليس لها أن توجب في ذمته ما لم يكن واجبا عليه.

قُلتُ: وهذا أبين من نقل عياض عن أبي عمران، الفرق بأن بقاء المعتدة في المنزل حق لله، وبقاؤها مع الزوج حق له، قال: وقال نحوه ابن عبد الرحمن وخالفه في التعليل، قال: لأن السكنى حق له، وعزو ابن عبد السلام الوجوب لسماع عيسى وهم.

سمع عيسى ابن القاسم في كتاب الأيمان بالطلاق: من خرجت امرأته تزور بعض أهلها، فحلف بطلاقها أن لا يرسل إليها بنفقتها حتى تكون هي التي ترسل، فكرهت أن ترسل واستدانت نفقة على نفسها، ثم طلبت النفقة من زوجها لكل ما غابت عنه، وقال الزوج: أنت تركت ذلك حين لم ترجعي إلى بيتك، لها النفقة لكل ما غابته؛ لأنه لو شاء نقلها لنفسه ومنعها أن تستدين.

ابن رُشْد: قوله (لأنه لو شاء نقلها... إلخ) يدل على أنه لو أرسل لنقلتها فأبت الانتقال وغلبت على ذلك لم يكن لها أن تتبعه بنفقتها، فلا نفقة للناشز بدليل

هذه الرواية.

وفي الطرر: إن وجب عليها الحج خرجت له، وإن كره إذا وجدت ذا محرم أو رفقة مأمونة، ونفقتها المعتادة على زوجها، وكذا زائرة أهلها لشرطها ونفقة سفرها عليها ونفقة المحبوسة على زوجها، وكذا إن حبس في حقها أو حق غيرها.

التونسي: ونفقة امرأة المؤجل قبل البناء سنة لجنونه، إذا دعته للبناء مع امتناعها منه لجنونه كمعسر بالمهر يؤمر بالنفقة مع امتناعها منه.

ابن رُشْد: والظاهر سقوطها لعذره بخلاف المعسر بالمهر؛ إذ لعله كتمه، وسفر الزوج بزوجته لبلد آخر تقدم في الشروط.

وفيها مع غيرها: لا نفقة لحامل في وفاة، وسكنى البائن في عدتها، ونفقة حملها كالرجعية.

وفيها: إن طلقها طلاقا بائنا ثم مات في العدة، فقد وجب لها السكنى في مال الزوج قبل الوفاة دينا، فلا يسقطها موته بخلاف المتوفى عنها ولم يطلقها، وروى ابن نافع هما سواء.

ابن عات: هي ثلاثة أقوال؛ سقوط سكناها كالنفقة، ولو كانت دار الميت، وهو الصحيح في القياس الآتي على رواية ابن نافع.

الثاني: بقاؤها، ولو كانت لغير الميت، وهو قول ابن القاسم في المدَوَّنة، والثالث: بقاؤها إن كانت للميت وإلا سقطت، قاله ابن القاسم في المدنية، ويقوم من رواية أبي زيد على تأويل، ولو كان الطلاق رجعيا سقطت السكنى كالنفقة لرجوعها لعدة الوفاة، وهي في عدة من طلاق رجعي، والمعتدة من الوفاة لا سكنى لها في مال الميت، إن لم تكن في مسكن يملكه ولا أدى كراءه.

وفي سماع ابن القاسم: إن اختلعت الحامل أو طلقها طلاقا بائنا فلزمته نفقتها، ثم مات قبل وضعها سقطت نفقتها بموته، ومثله روى ابن نافع في إرخاء الستور فألزم أهل النظر ابن القاسم أن يسقط السكنى كالنفقة، وقيل: لا يلزم؛ لأن سقوط النفقة لأنها للحمل، وقد صار الحمل وارثا فوجب سقوطه، والسكنى إنما هي للمرأة، وقد وجبت عليه في الصحة فلا تسقط بموته.

وعزا الصقلي الجواب عن إلزام ابن القاسم لبعض الفقهاء، قال: ولأن السكنى لا تسقط في الموت ولا في الطلاق البائن، إن كان المسكن له ونقد كراءه، وتسقط في ذلك النفقة، فدل أن السكنى أقوى.

قُلتُ: يدل قوله هذا على أن السكنى على رواية ابن نافع لا تسقط إن كان المسكن له أو نقد كراءه خلاف ما تقدم لابن عات: أنها على رواية ابن نافع تسقط مطلقًا، ومثله ذكر اللخمي عن ابن القُصَّار في تفسيره رواية ابن نافع أن السكنى تسقط كما تسقط النفقة.

ونفقة المرضع الحامل البائن تقدمت في الرضاع، وتقدمت سكنى الملاعنة ولا نفقة لحملها؛ لأنه غير لاحق به حسبما مر.

وفيها مع غيرها: نفقة المعتدة من رجعي وأحدهما رق، كنفقتها دون طلاق، ومن بائن ساقطة ما لم تعتق فتجب.

وسمع ابن القاسم في كتاب العدة: إن طلقت حامل فطلبت الكسوة نظر لما بقي لها من الأشهر ولقدر الكسوة فتعطاه دراهم.

ابن رُشْد: هذا مجمل بينه سماع يحيى، إن طلقت أول الحمل فلها الكسوة، وإن لم يبق من أجل الحمل إلا الشهران والثلاثة ونحوها قوم ما يصير لها لتلك الأشهر من الكسوة، ولو كسيت أول الحمل وتعطاه دراهم، وهذا في الكسوة التي تبلى في مدة الحمل، وإن كانت لا تبلى في مدته مثل الفرو والحشو وشبهه، فالوجه أن ينظر لما ينقصه اللباس مدة الحمل، فيعرف ما يقع من ذلك للأشهر الباقية.

وفي وجوب نفقة الحمل بتحركه أو بوضعه روايتا المشهور وابن شعبان، ثم رجع للأولى.

ابن رُشْد: وهما جاريتان في اللعان به، وثبوت حكم أم الولد، وعزا المتيطي الثانية لرواية المبسوط، وقال: الذي وقع لمالك في غير كتاب أن بظهور حملها تجب نفقتها، وفي الموَّازية: وتحركه، وهو نحو ما قدمناه، فقال بعض شُيُوخنا: هذا قول ثالث.

قُلتُ: لابن عات عن ابن رُشْد: لا يتبين الحمل في أقل من ثلاثة أشهر، ولا يتحرك تحركا بينا يصح القطع به على حركته في أقل من أربعة أشهر وعشر، فإن شهد

النساء أن بها حملا بينا لا يشككن فيه من غير تحريك ردت الأمة فيما دون ثلاثة أشهر، لا فيما زاد على ذلك لاحتمال حدوثه عند المشتري.

قُلتُ: فهذا يؤيد نفقة الثالث، وفيمن انفش حملها بعد النفقة عليه طرق.

المتيطي: إن أنفق بحكم رجع، وإلا فروايتان.

ابن رُشْد: إن انفش بعد النفقة ففي رجوعه، ثالثها: إن كان بحكم لرواية ابن الماجِشُون مع قوله، ومحمد وروايته، وسماع ابن القاسم، ولابن شاس نحوه.

وقال ابن الحاجب: ورابعها عكسه، ولم يعزه شراحه.

وقال ابن حارث: قال سَحنون: قال ابن نافع: إن أنفق بقضاء لم ترد شيئًا؛ لأنه حكم مضى، وكذا يقول المغيرة وابن الماجِشُون.

وقال محمد: أخبرني عبد الملك، عن مالك فيما أظن أنه قال: إن كان بأمر السلطان لم يرجع، وإن كان بغير أمره رجع.

قال محمد: والصواب إن أنفق بحكم أن لا يرجع إلا أن تقر المرأة أنه انفش، وإن قالت: أسقطت لم يرجع؛ لأنه حكم مضى، وكذا إن أنفق بغير حكم.

ابن عبد الحَكم : إن أنفق خمسة أعوام ثم وضعت بعد ذلك بشهرين، فإن كان الطلاق بائنا رجع بجميع النفقة، وإن كان الطلاق غير بائن رجع بنفقة الوقت الذي حملت فيه ووضعت لستة أشهر.

وقال ابن حارث أول الترجمة: اتفقوا أن من أخذ من رجل ما لا يجب له بقضاء أو بغير قضاء، ثم ثبتت الحقيقة أنه لم يكن يجب له عليه شيء، أنه يرد ما أخذ.

وقال ابن رُشْد عقيب كلامه: ولهذه المسألة نظائر تفوت العد.

منها: مسألة كتاب الشفعة، فيها: من أثاب من صدقة ظنا أن ذلك يلزمه، ومسألة كتاب الصلح، فيها: من صالح عن دم الخطأ ظنا أن الدية تلزمه، ومسألة الصداق في سماع أَصْبَغ من كتاب النكاح، وما في سماعه من كتاب الشهادات وما في سماع عيسى ونوازل سَحنون من كتاب الهبات.

وسمع ابن القاسم: إن شهد رجل وامرأة على غائب بطلاق امرأته ينفق عليها وتطلب ذلك، فإن أثبت ذلك اعتدت من يوم طلق، ولا غرم عليها فيما أنفقت؛ لأنه

ألبس على نفسه.

ابن رُشْد: ثبوت ذلك بشاهد آخر؛ لأن شهادة النساء في الطلاق ساقطة، فإن اتفق الشاهدان على يوم الطلاق اعتدت منه، وإن اختلفا فمن يوم آخرهما، ولو لم يذكرا اليوم الذي طلق فيه وفات سؤالهما عن ذلك، فالعدة من يوم شهدا عند القاضي لا من يوم الحكم إن تأخر.

وقوله: (لا غرم عليها فيما أنفقت) يريد من يوم الطلاق إلى يوم علمت به.

ولو أنفقت من مالها أو تسلفت ففي رجوعها عليه بذلك قولان؛ لسماع أشهب، وقول ابن نافع: وأما من مات في غيبته ففي العدة منها تغرم ما أنفقت؛ لأنه لم يكن منه تفريط، ويجب على هذا التعليل أن تغرم ما أنفقت من ماله بعد أن طلق إلى أن يمضي من المدة ما يمكن أن يصل العلم إليها بذلك دون تفريط ولم يقولوه، ووجهه أنه أذن لها في الإنفاق من ماله، فلا رجوع له عليها.

وفيها مع غيرها: سقوطها بإعساره وعدم الرجوع بما أنفق عليها في عسره غائبا أو حاضرا.

وفيها: لها الرجوع بما أنفقت عليه ولو كان معسرا، وكذا الأجنبي إلا أن يرى أنها بمعنى الصلة منها أو الضيافة، ويرجعان بما ليس بسرف كالدجاج والخراف ونحوه.

وعدم تخريج قول عبد الحق بالرجوع بالسرف في قولها في السلم الثاني: من باع دارا على أن ينفق عليه المبتاع حياته واضح لتعليله قوله بأن السرف هبة لأجل البيع، وقول ابن عبد السلام: (إنما يتم هذا حيث تقول المرأة: قصدت الرجوع بما أنفقت، ويقول زوجها أو الأجنبي: إنما ظننت أنها صلة، ولم يقبل ذلك منه فقضى لها، وأما إن اتفق المنفق والمنفق عليه أن النفقة على الرجوع فلا يتحقق الفرق) يرد بوضوح المكايسة في مسألة البيع وعدمه في مسألة اتفاق المنفقين على الرجوع كالفرق بين صريح البيع وهبة الثواب بنائها على المعروف.

ونوقض قولها بقولها في الهبات: ليس بين المرأة وزوجها ثواب إلا أن يعلم أنها أرادت ذلك، ويجاب بأن كون قيامها بنفقته قيامًا بضروري أو حاجي آكد عوضه، والقيام بالهبة قيام بزائد عليها، فأشبه السرف في الإنفاق.

وفيها: لا شيء لها في رأي، فيما أنفقت على نفسها حال عسره، وإن كان موسرًا فذلك دين عليه، وإن أنفقت على نفسها وعلى ولدها والزوج غائب، فذلك لها إن كان موسرًا يوم أنفقت والولد صغار أو جوارٍ أبكار ولو حضن.

ابن عات عن بعض المفتين: من تزوجت فطاع زوجها بنفقة ابنها ثم أراد الرجوع بها عليه؛ إذ له مال وقت الإنفاق فلا رجوع له عليه لأنه معروف.

وذكر لي بعض أصحابنا أنها وقعت في مجلس الشُيُوخ فأجمعوا على ذلك، وفي الاستغناء في بعض الكتب: إن كان الطوع لمدة الزوجية فإنما يلزمه الإنفاق على الربيب ما دام صغيرا لا يقدر على الكسب.

قُلتُ: فيلزم ما لم يطر له مال.

ابن شاس: والقادر بالكسب كالقادر بالمال.

قال ابن عات: فإن قال: لا أعمل لم يجبر على العمل، وكذا في الفلس.

قُلتُ: للخمي في كتاب المديان: إن كان المفلس صانعا يداين للعمل ويقضي من عمله ثم عطل أجبر على العمل، فإن لد استؤجر في صناعته تلك.

قُلتُ: فكذا الزوج في النفقة.

وشرط الحكم بالنفقة: قال ابن لبابة: ثبوت النكاح لا مجرد قول المرأة والرجل أنهما زوجان.

ابن سهل: إلا في الطارئين فيقبل قولهما، وكذا إن كان نكاحهما فاشيا معروفا بموضعهما، وإلا فلا.

قُلتُ: تقدم لابن رُشْد في هذا الأصل اختلاف في فصل المفقود.

وعجز الزوج عن حاضرها لقيام الزوجة لطلبها يخيرها في طلاقه، ولو كان أحدهما عبدًا.

فيها مع غيرها: كل من لم يقو على نفقة امرأته فلها فرقته.

ابن القاسم: ولم يفرق مالك بين حرة ولا أمة.

روى مسلم بسنده، عن عبد الله بن عمر، عن النبي ﷺ: **«كفى بالمرء إثما أن يضيع**

من يقوت»[1].

وعن عائشة: دخلت هند بنت عتبة امرأة أبي سفيان على رسول الله ﷺ، فقالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح، ما يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني إلا ما أخذت من ماله بغير علم، فهل علي في ذلك من جناح؟ فقال رسول الله ﷺ: **«خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك»**.

وللدارقطني بسنده إلى حماد بن سلمة، عن عاصم بن بهدلة، عن أبي صالح، عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ: في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته، فقال: **«يفرق بينهما»**[2].

ولم يتعقبه ابن القطان على عبد الحق، وحماد قال فيه المزي: إمام، قال عمرو بن معين وعمرو بن عاصم: إذا رأيت من يقع في حماد فاتهمه على الإسلام، كذا نقل الذهبي في اختصاره كتاب المزي، والذي رأيت للحاكم ما نصه:

قال أحمد بن حنبل: إذا رأيت من يغمز حماد بن سلمة فاتهمه؛ فإنه كان شديدا على أهل البدع، وقد قيل مع ذلك في سوء حفظه وجمعه بين جماعة في إسناد بلفظ واحد، وعاصم ثقة، قاله المزي وغيره.

سمع القرينان في كتاب النكاح: من تزوجت محتاجًا عظمت حاجته ألها نفقة عليه؟ قال: أمر الناس أنها عليه إلا أن يكون من السؤال الطائفين على الأبواب فلا نفقة لها.

ابن رُشْد في بعض الكتب علمت حاجته، وقوله في السماع عظمت أصح لأنها إذا وجبت على المحتاج المعلوم حاجته إذا لم يكن سائلًا فأحرى إن كان سائلًا؛ لأن مسكنة غير السائل أشد وإنما أسقطها عن الطائف على الأبواب لشهرة حاله، فحملها على العلم بحاله بخلاف غير السائل فيرجع معنى السماع إلى أنها إن تزوجته عالمة عجزه عن النفقة فلا نفقة لها كان سائلًا أو لا، وأنها في السائل محمولة على العلم بحاله

---

(1) أخرجه مسلم: رقم (996) في الزكاة، باب فضل النفقة على العيال والمملوك، وأبو داود: رقم (1692) في الزكاة، باب في صلة الرحم.

(2) أخرجه الدارقطني: رقم (193) كتاب النكاح باب المهر.

بخلاف غيره، ويؤيد هذا التأويل قول ابن حبيب: إن تزوجته وهو فقير لا شيء عنده فقد علمت عجزه عن النفقة فلا قول لها بعد ذلك.

وفي المدَوَّنة من قول يحيى بن سعيد ما يدل على أن الفقير لا نفقة عليه، ومعناه إن علمت فقره وهو قوله: إن تزوج الرجل امرأة وهو غني ثم احتاج فلم يجد ما ينفق عليها فرق بينهما.

وللقابسي: إن ترك السائل التطواف كان لها حجة وفرق بينهما، وقال محمد بن عبد الحَكم : عليه الإنفاق وإن كان سائلًا يطوف بالأبواب. وهذا أظهر، إذ قد يسأل وله مال، فهي تقول لولا أن له مال لم يتزوجني، إذ قد علم أن على الزوج نفقة زوجته وإن لم تعلم فقره لم تسقط نفقتها اتفاقًا، وعزا المتيطي الأول لرواية المبسوط وقول ابن عبد الحَكم لرواية محمد، قال وقال بعض الموثقين: إن تزوجها قادرًا على القليل منها ثم عجز عنها فلها القيام عليه.

وقال اللخمي -كالقابسي قال-: وإن كان فقيرًا فأيسر ثم افتقر يختلف في الطلاق عليه، وإن كان لا يسأل وهو مقصود مشهور بالعطاء ثم تعذر فلها أن تقوم بالطلاق.

ابن زرقون: فتحصل فيها ثلاث، قول ابن عبد الحَكم ، ورواية ابن حبيب: لا نفقة لها على حال، والفرق بين السائل وغيره.

قُلتُ: هذا خلاف نقل ابن رُشْد إن لم تعلم فقره لم تسقط نفقتها بحال.

المتيطي مع غيره من الموثقين: إن ادعى العدم وصدقته نظر في تأجيله وإن أكذبته فبعد إثباته عدمه وحلفه.

قُلتُ: انظر ما فائدة إثباته عدمه إذا ادعاه وأكذبته هل هي تأجيله بناء على أنه لو أقر بملائه وامتنع من الإنفاق لعجل لها الطلاق أو هي عدم سجنه بناء على أنه لو علم ملاءه وامتنع من الإنفاق سجن حتى ينفق، وعليه إن كان له مال ظاهر أخذ منه النفقة كرهًا، والأول ظاهر كلام الموثقين.

قال ابن عات في مقنع ابن بطال: كتبت لبعض من أثق بعلمه في رجل قامت عليه امرأته بنفقتها فادعى العدم هل يحبس قبل أن تقوم عليه شبهة أو لا حتى تقيم عليه

المرأة شبهة فيظهر لذلك لدده، فقال: لا يحبس ويخير بين أن ينفق أو يطلق، فإن ثبت عدمه وحلف أنه لا مال له ضرب له الأجل، فإن أيسر فيه وإلا طلقت عليه وتكون معه في خلال التأجيل، وإن علم أن له مالا أو ظهر لدده كان للسلطان أن يسجنه، والثاني أقيس وهو ظاهر قولها:

قُلتُ: اتباع عروضه في نفقتها؟ قال: قال مالك تلزمه النفقة، فإذا كان ذلك يلزمه بيع فيه ماله وهو دليل حديث هند[1] المتقدم وهو مقتضى قول ابن عبد السلام يجبر ذو المال على النفقة من ماله كالديون.

عياض: فيها أول الباب يباع ماله لنفقة زوجته، أبو عمر: إن لم يكن غائبا ولا حاضرا وفي الحاضر نظر.

عياض: ليحيى بن إسحاق عن ابن القاسم إن أبى وله مال أيدفع منه نفقتها؟ قال: يوقف إما أنفق أو طلق عليه، وإذا ثبت عدمه ففي الطلاق عليه دون تلوم وبعده قولان لإحدى روايتي محمد وغيرها، وعليه في كون التلوم اليوم ونحوه أو أياما، ثالثها: الشهر ونحوه، ورابعها: الشهر والشهرين، وخامسها: إن لم يرج له مال فالشهر، وسادسها: ثلاثون يوما؛ لرواية المبسوط ورواية محمد، ونقله عن أصحاب مالك وابن حبيب عن ابن الماجِشُون وأَصْبَغ وأبي عمر قائلا: التوقيت في هذا خطأ إنما هو لاجتهاد الحاكم، وفي رجوع روايتي الجلاب ثلاثة أيام وشهرا للثاني والثالث نظر.

وفيها: منهم من يطمع له بقوة، ومنهم من لا يطمع له بقوة.

عياض: قال بعضهم ظاهره لا تلوم لمن لا يرجى له، وحكى فضل أنه مذهب ابن القاسم وحمل الأكثر المدَوَّنة على التلوم للجميع كما روى ابن حبيب وهو الصواب وإلا كان ظلما على الزوج، وكما يتلوم له في الرجاء وتؤمر بالصبر والإنفاق على نفسها من مالها وما تصنعه لو لم يكن لها زوج حتى يختبر حاله، كما إذا قطعنا أن لا شيء عنده فلعل

---

(1) أخرجه البخاري: 338/4 في البيوع، باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم، وفي المظالم، باب قصاص المظلوم إذا وجد مال ظالمه، ومسلم: رقم (1714) في الأقضية، باب قضية هند.

أن يأتيه الله بشيء أو يتسلف.

وسمع أبو زيد ابن القاسم: من جيء به ليطلق عليه بعدم النفقة، فقالت امرأته لا تطلقوني عسى الله أن يرزقه، فمكثت أياما ثم طلبت طلاقه ليس لها ذلك ويتلوم له ثانية.

ابن رُشْد: وقال أول السماع في امرأتي المعترض والمولي إن أنظرتاهما بعد الأجل إلى أجل آخر لهما أن يطلقا عند الأجل الذي أنظرتاهما إليه ولا يستأنف لهما ضرب أجل، والفرق أن أجل هذين سنة لا مدخل لاجتهاد فيها فإذا حكم بهما ووجب للمرأة القضاء بتمام الأجل لم ينتقض الحكم الماضي بتأخيرها ما وجب لها، والتلوم في النفقة إنما هو اجتهاد فإذا رضيت بعده بالمقام بطل وطلقة المعسر بها رجعية اتفاقا، شرط رجعته يسره بنفقتها.

وفي حدها بنفقة شهر أو بما كان يفرض عليه، ثالثها بنصف شهر. للمتيطي عن ابن القاسم قائلا: قدر نصف شهر لغو، وابن حبيب، وعزاه الصقلي لابن الماجِشُون وجعله تفسيرا للأول، وبعضهم عن ابن مزين.

وفي سماع عيسى من كتاب العدة إذا وجد نفقة شهر فهو أملك بها.

ابن رُشْد: معناه وإن لم يطمع له بمال سوى ذلك وهو صحيح؛ لأنه إذا أيسر في العدة وجبت عليه النفقة وإن لم يرتجع، قاله ابن حبيب وحكاه عن الأخوين، وهو الآتي على قولها: كل طلاق يملك فيه الزوج الرجعة فالنفقة عليه لامرأته وإن لم تكن حاملا، وكذا المولي فلا يصح أن يحكم عليه بالنفقة ويمنع الرجعة، وحمل بعضهم قول الواضحة على أنه ساوى بين المطلق عليه بالإيلاء والمطلق عليه بعدم الإنفاق في عدم النفقة عليهما حتى يرتجع لقوله فيها: وكل طلاق لا يملك الزوج فيه الرجعة إلا بقول وفعل فلا نفقة عليه حتى يرتجع، وليس ذلك بصحيح إذ قد فرق بينهما، وقوله في الذي يطلق عليه بالإيلاء أنه لا نفقة عليه حتى يرتجع، مثله حكى ابن شعبان عن مالك وهو خلاف نص المدَوَّنة.

وقوله: إذا لم يجد إلا نفقة الأيام اليسيرة العشرة والخمسة عشر وشبه ذلك فلا رجعة له، معناه إذا لم يجد إلا ذلك ثم ينقطع، وأما لو قدر على أن يجري عليها النفقة

مياومة، فإن كان ممن يجريها قبل الطلاق عليه مياومة فله الرجعة، واختلف إن كان ممن يجريها قبل الطلاق مشاهرة، فقيل له الرجعة، وقيل: لا رجعة له حكاهما ابن حبيب.

قُلتُ: قوله: (وهو خلاف نص المدَوَّنة) هو نصها في كتاب العدة.

المتيطي: روى أبو عمر إن أيسر في العدة كانت له الرجعة في المدخول بها وغيرها، ولا أدري ما هذا أي رجعة فيمن لم يدخل بها، وعزا أبو إبراهيم للجلاب مثل رواية أبي عمر هذه ولم أجده في الجلاب بحال.

وفي صحة رجعته برضاها بعجزه عن نفقتها نقلا المتيطي عن الواضحة وسَحنون في السليمانية.

وعجزه عن نفقة مثلها مع قدرته على ما دونها لمن دونها؛ في الطلاق عليه به نقلا عياض عن فضل مع محمد ونقله، ونقل ابن رُشْد عن أشهب وعياض عن ما في الموَّازيَّة مع الواضحة وسماع عيسى ابن القاسم وسماع يحيى إياه وابن وَهْب.

وفي عجزه عن ما سوى ما يقيم رمقها قولا المشهور، ومحمد.

اللخمي: قول محمد فيما لا تعيش إلا به حرج تصبح وتمسي جائعة وعليه ما يسد جوعها وإلا فرق بينهما، وإن كان من خشن الطعام ولا إدام معه لم تطلق عليه إلا أن تكون من أهل الشرف وممن لا يألف مثل ذلك ولا ينساغ لها، وإن جاعت لم تلزم به، وكذا الكسوة وإن كان لباس مثل ذلك معرة عليها طلقت عليه وإلا فلا.

الباجي: إن كانت ذات حال وشرف لا تلبس خشن الثياب ولا تتناول غليظ العيش ولم يجد إلا قوتها من قمح أو شعير غير مأدوم وكسوة دنية، فسمع عيسى ابن القاسم لا يفرق بينهما.

وقال ابن حبيب: إن لم يجد إلا الخبز وحده وما يواريها ولو بثوب واحد، قال مالك: من غليظ الكتان لم يفرق بينهما ولو كانت غنية، ومعناه إنما يجب لها الخيار إذا لم يجد قوتا معتادا، وروى ابن حبيب: إن عدم نفقة أو كسوة فرق بينهما.

اللخمي: والغطاء والوطاء كالكسوة.

ابن رُشْد: ولابن المعذل عن ابن الماجِشُون تطلق عليه لعجزه عن نفقة خادمها.

ابن زرقون: وقاله سَحنون، وذكر أبو عمران عن الصدفي أن في سماع ابن

القاسم مثله.

وفي الطلاق على بعيد الغيبة بعدم النفقة قولا الشَّيخ مع الأكثر، وللصقلي عن القابسي مفرقا بأن الحاضر استقصى حجته، والغائب عسى أن تكون له حجة.

عياض: بالأول أفتى الشُيُوخ والقضاة، وقال بعض الأندلسيين لم نجد الطلاق عليه في الكتب ولا جاء فيه أثر عن عالم إلا عن ابن ميسر، وعلى الأول قال المتيطي: تثبت غيبته ببينة تعرف غيبته واتصال زوجيتهما وغيبته بعد بنائه أو قبله بموضع كذا أو بحيث لا يعلمون منذ كذا ولا يعلمونه ترك لها نفقة ولا كسوة ولا شيئًا تمون به نفسها ولا تعدى فيه بشيء من مؤنها ولا أنه آب إليها ولا بعث بشيء ورد عليها في علمهم إلى حين التاريخ، ثم يؤجله القاضي في الإنفاق عليها شهرا أو شهرين أو خمسة وأربعين يوما، فإذا انقضى الأجل ولا قدم ولا بعث بشيء ولا ظهر له مال ودعت إلى النظر لها أمر بتحليفها بحضور عدلين كما يجب في صفة الحلف أنه ما رجع إليها زوجها المذكور من مغيبه الثابت عند الحاكم إلى حين حلفها ولا ترك لها نفقة ولا كسوة ولا وضعت ذلك عنه ولا وصل إليها شيء منه إلى الآن، فإذا ثبت عند القاضي حلفها طلقها عليه.

قُلتُ: ولابن سهل في بكر قام أبوها بتوكيلها إياه قبل البناء بذلك؛ أفتى ابن عتاب أنها تحلف فإذا حلفت طلقت نفسها، وروى أبو عمر ابن القطان: لا يمين عليها ولا على أبيها ولها أن تطلق نفسها، وأفتى أبو عمر بن رشيق فقيه المرية بحلفها، وزاد فيه: أن زوجيتهما لم تنقطع.

ابن سهل: زيادة هذا في يمينها لا أعلمه لغيره، وقول ابن القطان لا يمين عليها ولا على أبيها لا وجه له وقد تقرر من قول ابن القاسم وغيره أن السفيه يحلف في حقه.

ابن الحاجب: حكم الغائب ولا مال له حاضرا حكم العاجز.

ابن عبد السلام: يعني أن الغائب البعيد الغيبة وليس له مال أو له لا يمكنها الوصول إليه إلا بمشقة، حكمه حكم الحاضر العاجز.

قُلتُ: قوله: إلا بعد مشقة خلاف ظاهر أقوالهم أنه لا يحكم لها بطلاقه إلا إذا لم يكن له مال بحال دون استثناء، وما تقدم لابن سهل في فتاويهم من قولهم طلقت نفسها خلاف ما تقدم للمتيطي من قوله: طلقها القاضي عليه.

وفي الحديرية سئل ابن رُشْد عمن طلقت نفسها بما ذكر وتزوجت ثم قالت البينة التي شهدت بمغيبه وأنها لا تعرف له مالًا تعدى فيه الزوجة أن له أنقاض حجرة قيمتها سبعة مثاقيل أو نحوها، وأنهم كانوا يعرفون ذلك حتى شهدوا وجهلوا أن الأنقاض تباع في نفقتها أو شهد بذلك غيرهم.

فأجاب: الحكم بالطلاق نافذ لا يرد برجوع الشهود عن شهادتهم ويعذرون بما قالوا ولا يؤدبون ولا تسقط شهادتهم في المستقبل، هذا قول مالك في المدَوَّنة وغيرها لا يرد الحكم برجوع البينة سواء شهد بالأنقاض البينة التي حكم بها أو غيرها.

الصقلي عن ابن عبد الرحمن: لو ثبت بعد قدومه تركه لها نفقتها ردت له ولو بنى بها متزوجها كقول مالك: من قال عائشة طالق، وقال أردت زوجة لي أخرى اسمها عائشة، فلم يصدق وطلقت عليه، ثم ثبت أن له زوجة أخرى اسمها عائشة ردت إليه ولو بنى بها من تزوجها.

قُلتُ: تقدمت نظائر هاتين المسألتين في فصل المفقود ولم يذكرهما ابن زرقون ولا أبو عمران، وزاد المتيطي على ما ذكره الصقلي ما نصه قال الشَّيخ: إذا قضي على الغائب بالطلاق ثم قدم فلا يكون على حجته إذا تزوجت وبنى بها، ولا يفسخ له النكاح إلا أن الطلاق لا يلزمه منه شيء متى تزوجها، وتكون عنده على جميع الطلاق إذا ثبت ما يوجب حل ذلك، قال: ومثله قول أصحابنا إذا قامت على الغائب بينة بدين بيع فيه داره ثم قدم فهو على حجته، فإن أتى بحجة سقط الدين ورجع به على آخذه ولا ينقض بيع الدار؛ في الموَّازية: كمن شبه على الشهود في موته فبيع ماله أنه يأخذه إن كان قائما بالثمن، وما فات بتدبير أو كتابة مضى.

المتيطي: وما حكاه الشَّيخ في مسألة الدار مثله في الواضحة، ولابن القاسم في الموَّازيَّة مثل قول الشَّيخ وابن عبد الرحمن.

وفيها: لا يفرض على الغائب النفقة لزوجته إلا أن يكون له مال تعدى فيه.

قُلتُ: ظاهره إن لم يكن له ذلك لم يفرض لها، وقال المتيطي: إن علم أنه ملي في غيبته فرض لها القاضي نفقة مثلها وكان دينا لها عليه تحاص به غرماؤه، وإذا قدم أخذته به وإن كان معدما في غيبته فالمشهور لابن القاسم أنه لا يفرض لها، وقال في الموَّازيَّة

يتداين عليه ويقضى لها.

قُلتُ: هذا يؤدي إلى وجوبها على المعسر.

قُلتُ: ولابن رُشْد في آخر مسألة من سماع يحيى من طلاق السنة إن جهل ملاؤه من عدمه ففيها لا يفرض لها السلطان عليه نفقة حتى يقدم، فإن كان موسرا فرض لها.

وقال ابن حبيب: إن أحبت الصبر أشهد لها السلطان إن كان فلان زوج فلانة اليوم مليا في غيبته فقد أو جبنا لها عليه فريضة مثلها من مثله.

وفيها: يباع فيها عروضه وربعه إن لم يكن له عين لا يؤخذ منها بما تأخذه كفيلا والزوج باق على حجته، وكذا يصنع إن قيم عليه بدين وإن كان للزوج ودائع وديون فرض لها في ذلك ولها إقامة البينة على من جحد من غرمائه أن له عليهم دينا، وكذا لمن قام عليه بدين.

عياض: قولها لها أن تقيم البينة دليل على أنه إذا أقر لا تقيم بينة ويحكم على الغائب فيما أقر له به ويفرض لها فيه، واختلف قول سَحنون في هذا الأصل فيمن أقر بوديعة لغائب فقال: لا يقضى منه دينه، وحجته أن الوديعة قد تكون لغير مودعها وديعة عنده أيضًا أو رهنا أو عارية، وقال أيضًا فيمن أقر ببضاعة لغائب يقضى منه دينه.

المتيطي: ما في المدَوَّنة هو المشهور المعمول به، ونحوه لسَحنون في أسئلة حبيب، ولابن اللباد عنه: لا يقضى من ودائعه دين ولا غيره، أبو عمران: وهو القياس إذ لو حضر وأنكرها لم يكن للغرماء إليها سبيل إذ لا يجبر على قبول الهبة لقضاء دينه.

قُلتُ: قوله: (نحوه لسَحنون) يدل على أنه غير صريح له كما صرح بأخذه.

عياض: فأخذه من البضاعة وقد يفرق بأن كون دفع البضاعة للتنمية دليل ملكه، وكون دفع الوديعة لمجرد الحفظ لا يدل على ذلك.

اللخمي: إن قامت بالنفقة في غيبته أحلفت أنه لم يخلفها ولا بعثها وقضي لها بها.

قُلتُ: تقدم صفة يمينها للمتيطي بما هو أتم من هذا.

اللخمي: إنما يحسن قول ابن القاسم ببيع عروضه والقضاء لها من ودائعه وديونه إن قامت بعد انقضاء مدة سفره ورجوعه أو قامت بقرب سفره وهو يعرف بقلة القيام بها أو البغض والإساءة أو خرج مختفيا لأمر ما، وإن خرج على الوجه المعتاد ولا يعرف

بلدد ولا إساءة وقامت بقرب سفره كان الوقوف على القضاء لها أحسن لأنها أتت بها لا يشبه، ولمالك في الجلاب ما يؤيده يذكر فيما بعده.

وقال ابن القاسم فيمن خرج من الأندلس حاجا فهلك أبوه عن مال لا ينفق على زوجته لإمكان أن يكون الابن مات، وأرى إن مات الأب بفور سفره وقبل أن يبعد أن يستنفق منه.

ابن رُشْد: من قدم فادعى عسره مدة غيبته مجهولا حاله يوم خروجه ففي حمله على أيسر حتى يثبت عسره وعكسه، ثالثها إن قدم موسرا لابن الماجِشُون مع تأويل بعض أهل النظر عليه، وظاهر قول سَحنون مع ابن كنانة هنا ونص قول ابن القاسم في الموَّازيَّة مع ظاهر المدَوَّنة عندي.

ومن علم يسره أو عسره يوم خروجه حمل على ما علم منه ولو قدم على خلافه، قاله ابن الماجِشُون، وقال أبو عمر الإشبيلي في اختصار الثمانية أنها رواية ابن القاسم، وهو صحيح إذ لا يسقط حكم ما خرج عليه إلا بيقين، وتأول ابن زَرْب على سَحنون وابن كنانة أن القول قوله ولو خرج موسرا، وأنكره وهو تأويل بعيد لاسيما إن كان قدم موسرًا.

قُلتُ: قول ابن الماجِشُون بناء على أصالة الملاء ولو فيما عوضه غير مالي مع ترجيح استصحاب حكم الحالة السابقة على اللاحقة فيما شك فيه، والثاني على أصالة العدم مع ذلك، والثالث على ترجيح اللاحقة على السابقة، وما ذكره عن ابن زَرْب نقله ابن زرقون أيضًا عن ابن لبابة قال: وليس بشيء، ومن قال بعد قدومه تركت لها نفقة غيبتي أو أرسلت بها لها، فقال اللخمي فيها ثلاثة أقوال: فيها القول قوله إن لم تكن استعدت في غيبته ورواه الجلاب، وقال أيضًا القول قوله أنه خلف أو بعث وإن استعدت، وقال في موطأ ابن وَهْب القول قولها إن استأذنت إلى السلطان أو كانت تذكره أو تشكو إلى جيرانها أو تسلفت لذلك، وإن لم يسمع ذلك منها ولا ذكرته فلا شيء لها وهذا أصوب؛ لأن كثيرا من النساء لا يرضى الرفع إلى السلطان وتراه معرة وفسادا مع زوجها إن قدم، فإن لم يسمع ذلك منها فالقول قوله أنه خلف ذلك إلا أن يقيم أكثر من معتاده في سفره فيكون القول قولها في الزائد، ولا أرى قبول قوله إن قال:

بعثت لاعترافه أنه لم يخلف فعليه البيان مع من أرسل، ولا يكاد يخفى ذلك.

وسمع ابن القاسم في طلاق السنة: من غاب عن امرأته سنين وتسلفت لنفقتها وعلمه جيرانها من حالها وأنه لا يبعث إليها بنفقة فمات في غيبته وطلبت ذلك من ماله قضى عليه الإمام باجتهاده، والحي إذا قدم أبين؛ إن أنكر حلف. يريد: ويبرأ.

ابن القاسم: ذلك رأيي وأحسن ما سمعت وبلغني عن مالك إن قدم وقد رفعت إلى السلطان وزعم أنه بعث أو خلف عندها رجعت عليه، وإن لم تكن رفعت حلف وبرئ وإن مات فلا شيء لها إلا أن تكون رفعت إلى السلطان فيكون لها من يوم رفعت إلى أن مات.

ابن رُشْد: لا خلاف أن القول قوله مع يمينه أنه أنفق عليها إن كان حاضرا أو أنه خلف عندها نفقتها أو بعث بها إليها إن كان غائبا، ويحلف في دعواه بعث النفقة لقد بعثت بها إليها فوصلتها وقبضتها، كذا سمع أشهب في كتاب الأقضية لابن غانم، واختلف إن رفعت إلى السلطان في غيبته فقال هنا وهو المحفوظ في المذهب أن القول قولها من يوم رفعت وهي إحدى روايتي الجلاب، والأخرى أن القول قوله بكل حال، وله وجه صحيح؛ لأنها تتهم أنها إنما فعلت ذلك ليكون القول قولها.

المتيطي عن بعض الموثقين: الرواية الأولى أظهر وأشهر وبها القضاء، وإن رفعت ذلك إلى عدول بلدها والثقات من جيرانها ففي كونه كالرفع للسلطان رواية ابن القاسم مع ابن الهندي في مقالاته، ونحوه لأبي محمد الوتد ورواية غيره مع ابن الهندي في وثائقه، وقول بعض الموثقين هو مشهور المذهب وعليه العمل.

قُلتُ: الذي استمر عليه عمل قضاة بلدنا أن الرفع إلى العدول كالرفع للسلطان، ورفع الجيران لغو، وقول ابن رُشْد يحلف في دعواه بعث النفقة لقد بعثت بها إليها خلاف نقل الصقلي: روى محمد ليس عليه أن يحلف أنه بعث بذلك إليها، إنما يحلف أنها قبضت ذلك ووصل إليها، قيل: كيف يعلم وهو غائب، قال: يكون دفعه إليها قبل خروجه أو جاء بذلك كتابها إليه أو قدم من عندها من أخبره.

ابن رُشْد: وإن مات في مغيبه فلا شيء لها إلا أن تكون رفعت أمرها إلى السلطان حسبما ذكره ابن القاسم عن مالك، ونقل ابن الحاجب أن القول قولها مطلقًا وقبوله ابن

عبد السلام وابن هارون لا أعرفه إلا لنقل ابن شاس، فإن صح فالأقوال أربعة ثلاثة اللخمي ورابع ابن شاس، والطرق ثلاثة للخمي وابن رُشْد وابن شاس.

وسمع ابن القاسم ما أنفقت على نفسها في غيبته بعد أن رفعت للسلطان من مالها أو دراهم لم تتعين.

فيها: هي عليه غرم وإن تعينت في ذلك لم يلزمه ما أربت ينظر إلى قيمة ما أنفقت فيكون عليه وما أربت فعليها، وإن كان عليه دين أكثر من ماله حاصه الغرماء بما أنفقت.

ابن القاسم: من يوم رفعت إلى السلطان، سَحنون: في الدين المستحدث لا القديم قبل نفقتها لأنه لم يكن موسرا حين أنفقت وعليه دين محيط بماله.

ابن رُشْد: معنى تعينت أنها اشترت ما تأكل أو تلبس بدين إذا لم يكن عندها نقد فزادت لأجل ذلك في الثمن، فلا ترجع ذلك إلا بثمن ذلك نقدا، وقول سَحنون صواب، وكان بعض الشُيُوخ يحمله على الخلاف لقول مالك. ويكون لها على ظاهر قول مالك محاصة الغرماء في الدين القديم؛ لأن للغريم أن ينفق على امرأته ما لم يفلس وإن أحاط الدين بماله، وليس ذلك بصحيح؛ لأن إنفاقه على امرأته بخلاف إنفاقها على نفسها ورجوعها عليه بما أنفقت إذ لا يتحقق أنه لم يخلف عندها شيئًا، فلعله ترك عندها نفقتها وجحدت ورفعت أمرها للسلطان إعدادًا ليكون القول قولها، ولو كانت نفقتها على نفسها في مغيبه بعد رفعها للسلطان كنفقته هو عليها فوجب أن تبدأ بها على الغرماء إذ نفقته هو عليها في حكم المبرأة.

وسمع يحيى ابن القاسم دعواه بعث نفقة ولده لامرأته وإنكارها ذلك كدعواه ذلك في نفقتها إن رفعت أمرها إلى السلطان فالقول قولها من يومئذ وكان ذلك لها دينا تتبعه به.

وفيها: إن أراد الزوج سفرا فطلبته بالنفقة فرض لها بقدر ما يرى من إبعاده ومقامه فيرفعه لها أو يقيم لها به كفيلا يجريه لها.

اللخمي: إن اتهم بالمقام أكثر من السفر المعتاد أحلف أنه لا يقيم أكثر من ذلك أو يقيم حميلا في البيان إن ادعت أنه أراد أبعد مما ذكر حلف على نفي ذلك.

اللخمي: إن كانت مطلقة طلاقا بائنا أو رجعيا وهي حامل كان مطالبا بالأقل من مدة سفره ذلك والباقي من أمد الحمل وإن كانت غير حامل والطلاق بائن فلا نفقة لها واختلف إن طلبت حميلًا خوف الحمل فلم يثبته مالك، وقال أَصْبَغ في الموَّازية: لها ذلك والأول أحسن إن قامت بعد حيضة وإلا أقام لها حميلًا بالأقل من مدة السفر أو انقضاء العدة التي هي ثلاث حيض، وعلى قول أَصْبَغ يراعى مدة الحمل كالمطلقة طلاقا بائنا فيقيم حميلا بالزائد على مدة الحيض.

وفيها: سمع ابن القاسم جواب مالك عمن يطلق امرأته ويريد سفرًا فتدعي حملًا وتقول ضع لي النفقة، ليس ذلك لها هو كالمقيم.

ابن رُشْد: هذا مثل قولها في النكاح الثاني ولا خلاف أعلمه في هذا.

قُلتُ: فإنه علم قول أَصْبَغ وحكاه ابن بشير غير معزو.

وفيها: إن اختلفا في قدر ما فرضه قاض زال حكمه فالقول قوله إن أشبه نفقة مثلها وإلا فقولها فيما يشبه، فإن لم يأتيا بما يشبه ابتدأ الفرض.

عياض: في كون قول من أشبه قوله مع يمينه أو دونه قولا بعضهم قائلا أنه حجة للحلف مع الشاهد على قضاء الحاكم، ونبه عليه ابن سهل وبعض أصحاب سَحنون مع ما لابن القاسم في العتبية.

عياض: عندي أنها خارجة عن الدعوى في حكم القاضي لاتفاقهما على ثبوت الحكم، وإنما اختلفا في قلة مال وكثرته فلا بد من يمين المشبه.

قُلتُ: وهو نقل اللخمي عن المذهب.

عياض: وعن سَحنون أن المسألة إنما هي فيما مضى من الفرض والمستقبل يستأنف الحاكم النظر فيه، واختلفت الرواية فيها ففي روايتنا إن لم يشبه ما قالاه أعطيت نفقة مثلها فيما يستقبل يفرض لها القاضي نفقة مثلها، وعليه اختصرها المختصرون، وفي بعض النسخ: وفيها يستقبل بزيادة واو وضربت عليها في كتابي لرواية شُيُوخي وإثباتها أصح على ما تقدم، ويصحح ذلك ما قاله سَحنون، وبإسقاطها يأتي الكلام الآخر مكررا ويشكل هل أراد به الماضي أو الآتي.

وفيها: إن ادعت في ثوب أنها أخذته هدية وقال الزوج: بل في فرضك، فالقول

قوله إلا أن يكون الثوب لا يفرض مثله لمثلها.

وفي القذف منها لمالك: من دفع نفقة امرأته لسنة أو كسوتها بحكم أو دونه، ثم مات أحدهما ولو بعد شهرين رد مناب باقي السنة من النفقة، واستحسن مالك في الكسوة أن لا ترد إن مات أحدهما بعد أشهر.

ابن القاسم: وإن مات بعد عشرة أيام ونحوها فهذا قريب.

ابن عات، عن المشاور: الوجه أخذ الكسوة على أي حال كانت لأنه حقه، وقول مالك استحباب. التونسي: التحقيق أن الكسوة كالنفقة إلا ما لا قدر له كفاضل كسوة عامل القراض؛ لأن العادة إلغاؤه، وما وقع لمالك في التقدير لاقتضاء أهل المدينة، فالقول قولها. انظر مثله لمثلها موافق لقول ابن القُصَّار أن النفقة في البلاد بحسب أحوالهم. ونفقة من له فضل عن نفقته مع زوجته إن كانت واجبة على ولده الحر الصغير إن لم يكن له مال ولا كسب ولو كان كافرا، في ثاني نكاحها من قوي على نفقة زوجته دون صغار ولده لم تطلق عليه إذ لا تلزمه النفقة على ولده إلا في يسره، ويكون الولد من فقراء المسلمين.

وفي إرخاء الستور منها: من أسلم وله بنات قد حضن فاخترن الكفر فعليه نفقتهن.

وفيه: منها يلزم الأب نفقة ولده الذكور حتى يحتلموا أو الإناث حتى يدخل بهن أزواجهن إلا أن يكون للصبي كسب يستغني به أو مال ينفق عليه منه.

اللخمي: إن كانت صنعته لا تدركه بها معرة، وكذا الصبية إن كان لها صنعة رقم أو غيره لا تدركها بها معرة ما لم تكسد صنعتها أو يقع بهما مرض فتجب على الأب، قال: واختلف إن كان زمنا أعمى أو مقعدا أو شبه ذلك فقال ابن القاسم: إن بلغ كذلك بقيت نفقته على أبيه، وإن طرأ بعد البلوغ لم تعد، ولابن وَهْب في الموَّازية: لا نفقة عليه ولو بلغ على ذلك وللجلاب عن ابن الماجِشُون يجب على الأب ولو حدث ذلك بعد البلوغ وهو أحسن، ولمحمد إن دخل بها زوجها زمنة ثم طلقت عادت على الأب نفقتها، وعلى قول عبد الملك تعود عليه، ولو حدثت بعد الطلاق، وكذا إن كانت غير زمنة وعجزت عن القيام بنفسها إلا من التكفف فعلى أبيها نفقتها وهي أولى من

الصبي؛ لأن معرتها أشد.

قُلتُ: ما حكاه عن محمد فيمن بنى بها زوجها زمنة حكاه الصقلي عن مالك، قال: هذه كالصغيرة تطلق بعد البناء وقبل المحيض.

الصقلي: واختلف في نفقة هذه بعد بلوغ المحيض.

قُلتُ: ذكر المتيطي سقوط نفقتها بحيضتها غير معزو كأنه أصل المذهب، وعزا بقاء نفقتها إلى سَحنون، وللصقلي في النكاح الأول ما نصه: ومن الخلع قال ولو رجعت هذه الثيب قبل بلوغها فله إنكاحها كالبكر؛ لأن النفقة ترجع على الأب، لها في نوازل الشعبي: إن رفعت مطلقة أمرها لقاض في نفقة أبيها وأرادت بيع ماله فلا يمين عليها أنه ما خلف عندها شيئًا ولا بعث به؛ لأن نفقة الابن ليس بحق لها؛ لأنها لو نكلت لم تسقط بنكولها نفقة الابن.

قُلتُ: الأظهر حلفها لأنها إن نكلت غرمتها.

وسمع ابن القاسم: من أنفق على ولده ولهم مال ورثوه وكتب عليهم ما أنفق فلما هلك أراد سائرهم من الورثة محاسبتهم، واحتجوا بالكتاب إن كان مالهم عنده موضوعا فلا شيء عليهم فيما أنفق عليهم، إذا لم يقل ذلك عند موته؛ لأن من أمر الناس أن ينفق الرجل على ولده ولهم المال، وإن كان مالهم في عرض أو حيوان حوسبوا بذلك لأنه كتبه.

ابن القاسم هذا أحسن ما سمعت.

ابن رُشْد: هذه مسألة تتفرع لوجوه وقعت مفرقة في مواضع من هذا السماع وفي سماع عيسى وسماع أبي زيد من الوصايا يعارض بعضها بعضا في الظاهر، فكان الشُيُوخ يحملونه على الخلاف، وقولي إنه لا اختلاف في شيء مما وقع في هذه الروايات كلها وبيانه أن لمال الولد أربعة أحوال: كونه في يد الأب عينًا أو عرضًا أو في ذمته باستهلاكه أو لم يصل إليه فالأولى إن وجد بحاله وكتب النفقة عليه لم تؤخذ منه إلا بإيصائه بأخذه وهو دليل هذا السماع، وإن لم يكتبها لم تؤخذ ولو أوصى به، سمعه أَصْبَغ من ابن القاسم.

الثانية: إن وجد بعينه وكتبها عليه حوسب ولو أوصى بتركه، وهو ظاهر هذا

السماع وقول أَصْبَغ في الواضحة وابن القاسم في المدنية؛ لأن كتبها دليل إرادة محاسبته، فالوصيَّة بالترك وصيَّة لوارث، وإن لم يكتبها حوسب إلا أن يوصي بتركه وهو سماع عيسى ابن القاسم.

الثالثة: إن كتب لولده بذلك ذكر حق أشهد به لم يحاسب رواه زياد، وهو تفسير لما في السماع وإلا حوسب، وإن لم يكتبها على ما في رسم الشجرة من هذا السماع.

والرابعة: ككونه عرضا ولو كان عينا وموت الابن كموت الأب في المحاسبة.

زاد ابن عات عن ابن فتحون إن أبقى ماله على حاله، وقال حاسبوه أو لا تحاسبوه عمل على قوله وإن سكت ولم يكتب شيئًا لم يحاسب، وإن كتب ومال الابن عين لم يحاسب، وإن كان عرضا حوسب. قاله ابن القاسم ورواه المتيطي إن ورث الولد أبوه وجدته فطلبته بإرثها من ماله، فقال: أنفقته عليه، فروى ابن القاسم إن كان مأمونا مقلا صدق دون يمين، وإن كان غنيا أحلف؛ لأن جل الآباء ينفقون على أولادهم وإن كانت لهم أموال.

المتيطي: إنما يحلف الأب إن لم يشهد عند الإنفاق ولو أشهد حينئذ أنه إنما ينفق على ابنه من ماله إن كان المال عينا أو من مال نفسه إن كان عرضا ليرجع بذلك عليه لم يحلف لما قال، وله أن يؤاجر ابنه الصغير للنفقة عليه ولو كان الأب غنيا، قاله غير واحد من الموثقين، وقال بعض الفقهاء: إن كان الأب أو الابن غنيا لم تجز مؤاجرته ونحوه روى محمد.

وفي منعه الانتفاع بفاضل خراج ابنه الصغير عن نفقته وجوازه قولا غير واحد من الموثقين وأَصْبَغ ونحوه لابن لبابة.

وفيها: إن بنى بالبكر زوجها ثم طلقها أو مات عنها فهي أحق بنفسها وتسكن حيث شاءت إلا أن يخاف منها هوى أو ضيعة أو سوء موضع فيمنعها الأب أو الولد من ذلك ويضمانها إليهما، وإذا احتلم الغلام فله أن يذهب حيث شاء وليس لأبيه منعه.

ابن القاسم: إلا أن يخاف منه سفها فله منعه.

ابن محرز: لم يطلق لها أن تسافر إذا كانت عورة، لا تسافر إلا مع ذي محرم، وأطلق ذلك للغلام إذا احتلم.

عياض: ظاهره أن مجرد بلوغ الذكران ودخول الإناث يخرجهم من الولاية وهي رواية زياد أن بلوغهما يخرجهما من ولاية الأب، قال شُيُوخنا: معناه فيمن لم يعلم سفهه.

وقال ابن القاسم: أن الولد لا يأخذ ماله حتى يعلم رشده إلا ما وقع له هنا وهو تأويل الشَّيخ يذهب بنفسه لا بماله وهذا هو ظاهر الروايات عن مالك وابن القاسم في المدَوَّنة وغيرها.

قُلتُ: وتمامها في كتاب الحجر.

ابن سهل: اختلف المتأخرون هل قول ابن القاسم خلافا أو تفسيرا؟ والصواب أنه تفسير لوجوده في غير موضع من قول مالك وقاله ابن مالك والاتفاق أولى من الخلاف.

وسمع القرينان في كتاب المديان: من بلغ وليس بسفيه ولا ضعيف العقل فجائز ذهابه عن أبيه ولو كان شيخا كبيرا، وإن كان سفيها فليس له ذلك.

ابن رُشْد: هذا كما قال أن للمالك أمر نفسه الذهاب حيث شاء، وأما السفيه الذي لا يملك ماله ويخشى منه أبوه أو وليه السفه في ذاته والفجور بانفراده فله ضمه لنفسه ومنعه السفر والمغيب عنه، واختلف في السفيه في ماله المأمون في نفسه وذاته فقيل للولي ضمه ومنعه من الذهاب حيث أحب، وهو قول مالك في هذا السماع، وقيل: ليس له ذلك وهو ظاهر قول مالك فيها: إذا احتلم الغلام فله أن يذهب حيث شاء على ما تأوله عليه الشَّيخ بقوله يريد بنفسه لا بماله.

قُلتُ: ظاهر كلامه أن للمالك أمر نفسه الذهاب حيث شاء وإن لم يكن مأمونا في نفسه وهو مقتضى من لم يشترط في الرشد الصلاح الديني ويجعل من لم يعلم سفهه بالبلوغ رشيدا.

ابن الحاجب: ولهما أن يذهبا حيث شاءا إلا أن يخافا سفها فيمنعهما الأب أو الولي.

ابن عبد السلام: هذه المسألة التي ذكرها في المدَوَّنة في احتلام الصبي في كتاب إرخاء الستور والنكاح الأول، وتشاركه البنت بالمعنى في ذلك كما ذكر المؤلف.

قُلتُ: ظاهره أن ذلك غير منصوص في البنت مطلقًا أو في المدَوَّنة وقد تقدم

نصها فيه.

وفيها: نفقة ولد المكاتبة عليها كاتبت عليهم أو حدثوا في كتابتها كان زوجها عبدا أو في كتابة أخرى ونفقتها هي على زوجها، وإن كانت مع الأب في كتابة واحدة فنفقة الولد على الأب كاتب عليهم أو حدثوا، وليس عجزه عن نفقة ولد الصغار كعجزه عن الكتابة والجناية ونقلها ابن الحاجب، ووجهه ابن عبد السلام بقوله؛ لأن الكتابة عوض عن رقه فعجزه عنها يبقيه على رقه، والجناية مقدمة على الكتابة، وأما نفقته على ولده فهي مواساة مشروطة باليسر والفرض عدمه.

قُلتُ: فظاهره أن ذلك عام في نفقة تقدمت أو كانت حالية وهو ظاهر كلام الصقلي ولفظ المدَوَّنة.

وقال أبو عمران في لفظ المدَوَّنة: يعني في نفقة تقدمت، وأما ما يحتاجون إليه فإحياء رمقهم مقدم على كل شيء، ويقال له أنفق عليهم أو يقال ذلك للسيد.

عياض: هذا صحيح بين ألا ترى كيف سوى الكتابة والجناية ولا إشكال في هذا.

قُلتُ: يرد قولها بأن قصره على النفقة السابقة يوجب كون النفقة الحالية باقية على وجوبها عليه وذلك باطل؛ لأن ثبوته يؤدي إلى نفيه لأنه لو كان باقيا لأوجب عجزه عنها تعجيزه فتبطل كتابته وكلما بطلت عاد عبدا، وكلما عاد عبدا سقطت نفقتهم عنه ضرورة أن العبد لا نفقة عليه لولده وكلما أدى ثبوته إلى نفيه كان باطلا حسبما تقدم في المسألة السريجية في تعليق الطلاق ودفع السيد عبده في مهره إذا تحمل به.

والمعروف لا نفقة على الأم لولدها الصغير اليتيم الفقير، ولابن العربي في آخر سورة الطلاق، نفقة الولد على الوالد دون الأم خلافا لابن الموَّاز أنها على الأبوين على قدر الميراث، ولعله أراد أنها على الأم عند عدم الأب.

قُلتُ: لا أعلم من ذكره عن محمد على قدر الميراث، وتأويله بحال عسر الأب نحو قول التونسي في كتاب الصيام. وقع في الموَّازيَّة أن الأب إن كان فقيرا أو لا لبن للأم أن عليها أن تستأجر له، وليس ببين لاتفاقهما على أن نفقته لا تلزمها في عسر الأب، فإذا لم يكن لها لبن لم يتعلق طلبه بذمتها كما لم تلزمها نفقته.

المتيطي: يجوز للأب مقاطعة الحاضنة على نفقة مدة معينة بناض يدفعه لها.

قُلتُ: تقدم هذا في نفقة الزوجة، وتردد بعض الشُيُوخ فيه، قال: فإن غلا السعر في خلال مدة المقاطعة فصارت النفقة لا تقوم بالولد فعلى الأب إكمالها إلا أن تكون الحاضنة ابتاعت تمام القوت وقت المقاطعة فلا شيء على الأب، وإن رخص السعر وسكت الأب لانقضاء المدة فلا شيء له؛ لأن سكوته توسعة على الولد، وإن تكلم في خلالها حسب لباقيها نفقة مثله وكان له الفضل.

قُلتُ: وقاله ابن فتحون، وفي طرر ابن عات ما نصه: وعند قوله: والتزمت له ضمان هذه النفقة أنظر إذا لم تضمن الحاضنة في وثيقة المقاطعة هذه وغلا السعر فذكر ما تقدم.

قُلتُ: فمفهوم قوله: (إذا لم تضمن الحاضنة) أنها إذا ضمنتها ثم غلا السعر أنه لا شيء على الأب، ولفظ الضمان المذكور في أصل الوثائق المجموعة ما نصه: والتزمت له ضمان هذه النفقة إن دخل ذلك نقص بتلف أو غلا سعر ضمانا لازما، وهذا المفهوم لازم إن كانت الحاضنة موسرة، وإلا لزم الأب إتمام النفقة ولا يرجع على الحاضنة بذلك، ولا يتخرج إتباعه إياها من أحد قولي ابن القاسم: فيمن خالعت على نفقة ولدها مدة رضاعه فأعسرت فوجب على الأب نفقته أنه يتبعها بها؛ لأن نفقتها في الخلع عوض، وحكم إرضاع الأم الولد تقدم في الرضاع.

[كتاب الحضانة]

الحضانة: هي محصول قول الباجي: حفظ الولد في مبيته ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه[1].

ابن رُشْد والمتيطي: الإجماع على وجوب كفالة الأطفال الصغار؛ لأنهم خلق ضعيف يفتقر لكافل يربيه حتى يقوم بنفسه، فهو فرض كفاية إن قام به قائم سقط عن الباقي، لا يتعين إلا على الأب والأم في حولي رضاعه إن لم يكن له أب ولا مال له، أو كان لا يقبل غيرها.

الباجي: إذا كان الابن في حضانة أمه لم يمنع من الاختلاف لأبيه يعلمه ويأوي لأمه، رواه ابن حبيب عن ابن الماجِشُون، يريد أن للأب تعليمه وتأديبه وإسلامه في المكتب والصنائع والتصرف.

قُلتُ: هو نصها للأب تعاهد ولده عند أمه، وأدبه، وبعثه للمكتب، ولا يبيت إلا عند أمه.

قُلتُ: ويجب كون الظرف الذي هو عند في موضع الحال من ولده، لا أنه معمول للفظ تعاهد؛ لأن ذلك ذريعة لاتصاله بمطلقته مع زيادة ضرر زوجها بذلك.

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (هي محصول) أي معناها محصول قول الباجي فصير الحضانة اسم مصدر صادقة على الحفظ المذكور والمصدر مضاف للمفعول وأصل ذلك أن يحفظ الولد وبناء المصدر من المفعول فيه خلاف وكثيرا ما يقع ذلك من الشَّيخ ﷺ وفي بعض المواضع يصرح بالفاعل وقد قدمنا قريبًا من هذا، وقد وقع في الحديث عن النبي ﷺ: «مطل الغني ظلم» فالذي عليه الأكثر أنه من إضافة المصدر إلى الفاعل وتأوله بعضهم على المصدر المبني للمفعول وهو قول أهل الكوفة وسيبويه: يمنعه.

قال بعض شُيُوخنا: وعليه يفهم ما أشار إليه الشَّيخ ابن عبد السلام في الحكاية التي أشار إليها في عطية القوم على قدر أقدارهم والله سبحانه الموفق للصواب وقصر الحفظ للحاضن على ما ذكر فلا له نظر في غير هذا، فإن كان للمحضون أب فينظر له في غير هذا من ماله وتعليمه الصنعة وتزويجه وغير ذلك حتى أن ختان المحضون يكون عند أبيه ويرد إلى الأم والرقاد اختار بعض الشُيُوخ أنه عند الأم.

ابن رُشْد وابن محرز: تجب للمرأة بكونها من المحضون ذا رحم محرم، فلا حضانة لابنة خالة أو عمة أو أخت لرضاع ولا تجب بإرث، فلا حضانة لزوج ولا زوجة.

اللخمي: رواية ابن حبيب: لا حضانة لابنة خالة أو عمة، يريد مع العصبة، وهما أحق من الأجانب، وذكر الباجي رواية ابن حبيب قولا له، وقال أشهب في كتاب ابن سَحنون: عماته أولى من بنات خالاته، فأوهم أن لبنات الخالة حقًّا في الحضانة.

[باب في مستحق الحضانة]

ومستحقها أبوا الولد زوجان هما[1]، وفي افتراقهما أصناف:

الأول: الأم ونساؤها، من لها عليه أمومة ولادة بسببها ولو بعدت، وأول فصل منها فيها: الخالة أحق من الجدة للأب[2].

محمد: وخالة الخالة كالخالة، ذكره الصقلي قولا له، والباجي رواية له، وثاني نقل ابن الحاجب في إلحاق خالة الخالة بها، قولان؛ لا أعرفه لغير قول ابن شاس، وقول الجلاب: الخالة أخت الأم أحق من أبيه.

ابن رُشْد: إسقاط ابن حبيب بنت الأخت بعيد.

ابن محرز: قول ابن حبيب هذا ليس بموجود لغيره، والصواب أن لها حقا كبنت الأخ؛ بل هي أولى كالخالة مع العمة.

المتيطي: نحو هذا للشيخ ذكره عنه عبد الحميد الصائغ.

الثاني: نساء الأب من له عليه أمومة كما مر وأول فصل لمن هي له عليه فتخرج

---

(1) قال الرَّصاع: إذا كان أبوا الولد زوجان هما يعني أن الأبوين الحضانة لهما.
(فإن قلت): وهل يصح للأب أن يهب ذلك لأجنبي ولا مقال للأم.
(قُلتُ): وقع في المدَوَّنة أن للأب ذلك إذا لم يقصد ضررا وانظر المدَوَّنة في النكاح الثاني، وما نقله الشَّيخ في النكاح حيث تكلم على الكافل.

(2) قال الرَّصاع: قال: من له عليه أمومة كما مر وأول فصل لمن هي له عليه ويعني بقوله:كما مر في نساء الأم فيقال من له عليه أمومة ولادة بسببه ولو بعدت فتدخل جدة الأب، وإن علت وقوله:وأول فصل لمن هي له عليه فتدخل العمة وتخرج الأخت لأب كما ذكر وتأمل كلامه في قوله:وتلحق بنت الأخ وانظر فيه ترتيب القوم في الحضانة والله الموفق.

الأخت للأب.

اللخمي: روى المدنيون: لا حضانة لها، وقاله ابن القاسم.

وتلحق بنت الأخ، وفي تقدمها على بنت الأخت ثالثها: هما سواء يرجح بقوة الكفاية لابن رُشْد وابن محرز ونقل ابن رُشْد.

الثالث: الوصي فيها من قبل أب أو قاض لقولها في إرخاء الستور: إن لم يكن لليتيم وصي، فأقام له القاضي خليفة كان كالوصي في جميع أموره.

اللخمي: الوصي مقدم على سائر العصبة والموالي.

الرابع: العصبة، روى محمد: الأخ ثم الجد ثم ابن الأخ ثم ابن العم، وهو نقل أهل المذهب، ويأتي لابن بشير خلافه.

اللخمي: في حضانة الأخ للأب خلاف.

ابن رُشْد: في كون مراده الجد ولو بعد، كالإرث أو الأدنى، وفصله أولى من أصله احتمال، فعلى الأول الجد وإن علا أحق من ابن الأخ ومن العم، وعلى الثاني الأحق من العصبة الأخ، ثم الجد الأدنى، ثم ابن الأخ ثم العم ثم ابن العم وإن سفل الأقرب فالأقرب، ثم أبو الجد ثم عم العم، ثم ابن عم العم، وإن سفل الأقرب فالأقرب، ثم جد الجد، ثم ولده ثم والد جد الجد، ثم ولده على هذا الترتيب، فترتيب الحضانة في العصبة لا تجري على ميراث المال، ولا ميراث الولاء والصلاة على الجنائز؛ لأن الجد وإن علا أرفع مرتبة في الإرث من الأخ إذ لا ينقص معهم من الثلث، ويسقط بني الإخوة والأعمام وبنيهم، وإن علا في إرث المال، وابن الأخ في إرث الولاء أحق من الجد.

وفي ثبوتها للمولى قول المشهور، ونقل ابن بشير، والأعلى أحق من الأسفل.

ابن محرز: لا حضانة لمولاة النعمة إذ لا تعصيب فيها كالذكر.

قُلتُ: الأظهر تقديمها على الأجنبي.

والمقدم الأم ثم أمها: اللخمي وابن رُشْد: اتفاقًا، وقراباتها أحق من قرابات الأب إجماعًا.

وفي كونه أحق من قراباتها سوى الأم، قولان لرواية ابن وَهْب: أن الأب أحق من

الخالة، والمشهور.

فإن لم تكن أم أو تزوجت أجنبيًا، فأمها، فإن لم تكن فأم أمها أو أم أبيها، فإن اجتمعا فأم الأم أحق من أم الأب، فإن لم تكن واحدة منهما فأم أم أمها، أو أم أم أبيها وأم أبي أبيها، أو أم أبي أمها، فإن اجتمع الأربع فأم أم الأم، ثم أم أبي الأم، وأم أم الأب بمنزلة واحدة، ثم أم أبي الأب، وعلى هذا الترتيب أمهاتهن ما علون، فإن لم تكن واحدة منهن فأخت الأم الشقيقة، ثم أختها للأم ثم أختها للأب، فإن لم تكن واحدة منهن فأخت الجدة، وهي خالة الخالة كما مر في أخت الأم، فإن لم تكن واحدة منهن فأخت الجد للأم، وهي عمة الأم وعمة الخالة كما مر، وعلى هذا الترتيب ما بعد النسب عن الأم.

فإن لم تكن قرابات الأم ففي تقديم الأب على قراباته وعكسه، ثالثها: الجدات من قبله أحق منه، وهو أحق من سائرهن لنقل القاضي، ولها، وعزاه في البيان لابن القاسم.

اللخمي: في تقديمه على النساء سوى الأم وأمها وعكسه، ثالثها على الأخت لما بعدها، ورابعها تبدى الخالة عليه وهو على أمه لرواية محمد، وما في الواضحة ولها.

ابن القاسم في كتب المدنيين.

ولابن رُشْد في سماع عيسى من كتاب العدة في تقديمه على الخالة، ثالثها: إن كانت نصرانية، وعزا أبو عمر في الكافي الثاني للأخوين.

وفي المقدمات ترتيب قراباته من النساء كترتيب قرابات الأم، فإن لم تكن أمه أو كان لها زوج أجنبي فأم أمه وأم أبيه، وأم أمه أحق من أم أبيه، فإن لم تكن واحدة منهما فأم أم أمه أو أم أم أبيه، أو أم أبي أبيه أو أم أبي أمه كما مر، فإن لم تكن واحدة منهن فالعمات الشقيقة، ثم التي للأم ثم التي للأب ثم عمات الأب كذلك ثم خالاته كذلك ثم بنات الإخوة وبنات الأخوات، وتقدم حكم اجتماع بنت الأخ وبنت الأخت ثم العصبة وتقدم ترتيبها.

اللخمي: لا نص في الجد للأم والأظهر حضانته؛ لأنه أب ذو حنان كتغليظ الدية عليه.

قُلتُ: قول ابن الهندي: الجد للأب أولى من الجد للأم، دليل حضانته.

اللخمي: إن علم جفاء الأحق لقسوته أو لما بينه وبين أحد أبويه ورأفة الأبعد قدم عليه.

قُلتُ: إن كانت قسوة ينشأ عنها إضرار الولد قدم الأجنبي عليه، وإلا فالحكم المعلق بالظنة لا يتوقف على تحقيق الحكمة.

أحضنه وأنفق عليه من مالي؛ وأبت جدته لأمه وأرادت بيعها ولا حاضن غيرها فالقول قول الجدة ابن عات: عن بعض المفتين: لو قالت جدته لأبيه وليس له إلا دار وقيمتها عشرون دينارا: لأبيه، وقال المشاور: ينظر إلى الأرفق بالصبي.

قُلتُ: في كون الحضانة حقًا للحاضن أو للمحضون، ثالثها: لهما لروايتي القاضي، واختيار الباجي مع ابن محرز، فعلى الثاني تقدم الجدة للأب.

ولكل حاضن على الأب قبض نفقة محضونه وكسوته وغطائه ووطائه:

ابن عات في المجالس: إن ادعت في كسوة الولد أنها خلعت عنه أو أتلفها في خروجه عنها حلفت وكانت من الأب المشاور هي منها وبه العمل.

قُلتُ: الأول على أن الحضانة حق له، والثاني على أنها لها، وهذا ما لم تقم قرينة على صدقها كوقوع نهب في محلة.

وفيها: لحاضنة الولد قبض نفقته.

ابن فتوح: إن مات الولد قبل انقضاء مدة نفقته المقبوضة رجع الأب بحصة ذلك من النفقة والكسوة وإن ورثت، كذا في النسخة الكبرى من وثائق ابن الهندي، وفي الوسطى إن بعد عهدها وخلقت فلا شيء للأب ككسوة الزوجة.

اللخمي: إن قال الأب تبعثه إلي يأكل عندي ثم يعود إليك لم يكن ذلك له لأنه ضرر على الولد وحاضنه.

وسمع القرينان من طلق امرأته وله منها بنت، بنت أربع سنين، فقال: ما عندي ما أنفق عليها أرسلها تأكل عندي، نظر في قوله فإن كان غالبًا معروفًا، قيل لها: أرسلها تأكل معه وتأتيك، فإن كان لا يزال يأكل اللحم ويكتسي الثوب فذلك وجه.

ابن رُشْد: إن ادعى أنه لا يقدر على ذلك نظر في حاله، إن بان صدقه وعدم إرادته الضرر كان ذلك له وإلا فلا.

قُلتُ: ونقله ابن فتوح غير معزوٍّ كأنه المذهب، ولابن زرقون، عن الباجي: قال سَحنون في الخالة: تجب لها الحضانة، فيقول الأب: يكون الولد عندي لأعلمهم وأطعمهم، فإن الخالة تأكل ما أرزقهم وهي تكذبه، للأب أن يطعمه ويعلمه، وتكون الحضانة للخالة فجعل الحضانة أن يأوي إليها وتباشر سائر أحواله مما لا تغيب عليه من نفقته.

قُلتُ: كذا النوادر، وهو خلاف الروايات أن إطعام المحضون إنما هو عند حاضنته من كانت حسبما يأتي، والعجب من الباجي وابن زرقون في قبولهما هذا وتصديق الأب على الخالة أنها تأكل رزقهم، ويأتي للشعبي نحو هذا.

وأمدها: قال الباجي: لابن حبيب عن ابن الماجِشُون: إذا قارب الاحتلام وأنبت واسود نباته فللأب ضمه إليه وحده.

ابن القاسم: بالاحتلام، ووجه الأول أن الإنبات هو الذي يمكن إثباته بالشهادة عليه، والاحتلام لا يعلم إلا بقول الصبي.

وفيها: يترك الولد في حضانة الأم حتى يحتلم ثم يذهب حيث شاء، والجارية في الطلاق والموت حتى تبلغ النكاح، فإن كانت الأم في حرز وتحصين فهي أحق بها حتى تنكح وإن بلغت أربعين سنة.

الباجي: نهايتها في الذكور البلوغ، وروى ابن وَهْب الإثغار، ولم يختلف قوله في الإناث أنها دخول زوجها بها إلا أن يكون موضع أبيها أحرز وأمنع إذا شبت فيختار لها الأصون.

قُلتُ: ظاهره أنها تنزع بكون موضع الأب أصون، وإن كان موضع الأم صينا خلاف لفظ المدَوَّنة، وقوله: لم يختلف في الإناث، أحسن من قول المقدمات: اختلف في حد الحضانة، قيل: إلى البلوغ، وقيل: إلى الإثغار، وعزا اللخمي القول بالإثغار في الذكور لأبي مصعب.

قُلتُ: ففي حده بالإثغار أو الإنبات، ثالثها الاحتلام، وعزوها بين.

وقال ابن القُصَّار: قول مالك أنه في الذكور الإثغار يملك به الوالد حضانة ولده يشبه قول الشافعي أنه يخير في أبيه وأمه كما لو بلغ.

اللخمي: قوله ليس ببين؛ لأن مالكا لم يقل يملك حضانة نفسه بالإثغار، إنما أراد أن للأب أخذه بذلك فيسقط حق الأم ولا يخير الولد؛ لأنه لم يرشد، غير أن التخيير في ذلك حسن لاختلاف حال الأولاد، منهم من يركن لأبيه ويتعلق به وفي منعه منه ضرر، ولا أرى أن تخير البنت؛ لأن أمها أصون لها، وقد تخير إن كانت عند غير الأم.

روى المدنيون في رجل أوصى بابنته لرجل وللبنت عمة وجدة لأب، فتركتها عند عمتها فتزوجت قبل بلوغ الجارية، فطلبتها الجدة وأبت الجارية وأحبت المقام مع العمة تترك عندها، وهذا نحو قول ابن القُصَّار.

لما ذكر ابن رُشْد حديث الإسهام بين الأبوين في الولد، وحديث تخييره ﷺ الولد فيهما، قال: وفي بعض الآثار أنه ﷺ قال: «**استهما عليه**»[1] فأبى الأب، فخير النبي ﷺ الغلام.

قال: ذهب الطحاوي إلى الجمع بينهما، بأن يدعو الإمام أبويه إلى الإسهام، فإن أباه أحدهما قال: خيراه إن شئتما، فإن أبى أحدهما حكم به للأم، وهو وجه حسن.

قُلتُ: هذا من ابن رُشْد وما تقدم للخمي خلاف المذهب.

وفي كون أم الولد تعتق كالحرة ونفي حضانتها – قولها، ونقل اللخمي عن ابن وَهْب.

ولو أعتقها على تركها حضانة ولدها ففي سقوط حضانتها:

نقل الباجي روايتي عيسى وأبي زيد عن ابن القاسم.

وفيها: إذا أعتق ولد الأمة وزوجها حر فطلقها فهي أحق بحضانته إلا أن تباع فيظعن بها إلى غير بلد الأب، فالأب أحق به.

اللخمي: في هذا نظر؛ لأن غالب الأمة أنها مقهورة بأعمال سيدها، ومنعت الحرة إذا تزوجت لما يتعلق بها من حق الزوجية فكيف بالأمة؟!.

وتفريق ابن عبد السلام بأن حال الزوج مظنة البغض لبغضه ربيبة المحضون بخلاف حال سيد الأمة مع ولدها المحضون، يحسن إن لم يتسررها سيدها.

---

(1) أخرجه أبو داود: رقم (2277) في الطلاق، باب من أحق بالولد.

اللخمي: ولمالك في مختصر ما ليس في المختصر: إن عتق الصغير وأمه مملوكة وأمها حرة وتنازعاه فأمه دنية أحق به إلا أن يكون مضرًّا به، وقوله: مضرًّا به جنوح إلى النظر في من كان في الرق.

قُلتُ: ما ذكره عن مختصر ما ليس في المختصر هو سماع القرينين.

ابن رُشْد: إنما رآها أحق من الحرة؛ لأن سيدها هو المنفق عليه؛ لأنه أعتقه صغيرًا؛ لأن من قول مالك وغيره في المَدَوَّنة وغيرهما أن من أعتق صغيرًا أمه أمة لا يبيعها إلا ممن يشترط عليه نفقته؛ ليكون مع أمه في نفقة سيدها، والقياس: أن تكون جدته الحرة أحق به من أمه لأجل سيدها، كما أنها أحق به من أجل زوجها، وحكم السيد على أمته أقوى من الزوج على زوجته، وما أدري لم أوجبوا على من أعتق صغيرًا ثم باع أمه أن يشترط نفقته على المشتري حتى يبلغ؟ وما المانع من أن يكون مع أمه عند المشتري، وتكون نفقته على البائع ورضاعه؛ إلا أن يقال: لا تلزمه نفقته إلا أن يكون عنده، فيكون معنى المسألة أنه إنما أوجب عليه ألا يبيعها إلا ممن يشترط عليه نفقته إذا لم يرد أن يخرج نفقته من عنده وهو عند المشتري، ويلزم على قياس هذا في من أعتق الصغير وأمه أمة عنده وله جدة حرة، أن تكون الجدة أحق به إذا رضي المعتق أن ينفق عليه وهو عندها، أو رضيت هي بالتزام نفقته، فانظر في ذلك.

قُلتُ: قوله: لا تلزمه نفقته إلا أن يكون عنده يقوم منه أن من أوصى بعتق صغير لا يلزم الموصي نفقته في تركته.

وكانت نزلت أيام قضاء شيخنا ابن عبد السلام في مدبرة، ولم يوجد عنده ولا عند غيره فيها نص بعد البحث منه، وتوقف عن إيجاب نفقتها في ثلث مدبرتها، وذكر ابن عبد السلام قول ابن رُشْد: إنما رآها أحق من الجدة الحرة... إلخ، وقال: إنما يتم هذا أن لو كان زمن الحضانة هو الزمن الذي ينفق السيد فيه على عبده، والزمن الذي لا يفرق فيه بين الأم وولدها المعتق وهي أزمنة ثلاثة؛ زمن الحضانة في الذكر الاحتلام، وزمن النفقة على هذا المعتق أقصر الأجلين بلوغه الحلم وبلوغه قدر ما يسعى ما يكفيه، والزمن الذي لا يفرق فيه بين الأم وولدها الإثغار.

قُلتُ: إن أراد بقوله: إنما يتم إذا كان زمن الحضانة هو زمن الإنفاق، وزمن عدم

التفرقة أنه لا يتم إلا باتحاد قدرهما فممنوع لتمامه بتغايرها مع كون زمن الإنفاق يستلزمهما، وإن أراد أنه لا يتم إلا بذلك أو يكون زمن النفقة يستلزمهما فصحيح وهو كذلك؛ لأن زمن النفقة هو كما ذكر وهو لا يكون عادة قبل الإثغار؛ بل معه أو بعده، وكلما كان كذلك فهو يستلزم زمن الحضانة وزمن التفرقة، وإذا استلزمهما لزم من وجوده وجود الحضانة، فوجب كونه في زمن الحضانة كائنًا في زمن نفقته وهو مدعى ابن رُشْد فتأمله.

ابن الحاجب: الوصي أولى من جميع العصبة على المنصوص.

قُلتُ: مقابل المنصوص هو مقتضى كلام ابن بشير، قال ما نصه: الوصي مقدم على سائر العصبة في نص الروايات ويتخرج تقديمهم عليه، وتقدم في صلاة الجنازة وفي ولي النكاح ما يقتضي الخلاف في هذا الأصل؛ لأنه مبنى على كون هذه الحقوق كالحقوق المالية، فلمالكها التصرف فيها بالنقل إلى غيره أو ليست كذلك؛ لأنه إنما ملك بسبب موجود فيه غير موجود في من نقل إليه والمنقول عنه أحق بذلك.

هذا حكمه في الذكور وأما الإناث إذا كبرن فإن كن ذوات محارم منه فهو أحق، وإلا فهل له حق في حضانتهن قولان، وينبغي أن يكون خلافا في حال إن ظهرت أمارة الشفقة فهو أحق وإلا فلا.

اللخمي: قدم الوصي لأنه باجتهاد الأب، ومن اجتهد فيه الأب لولده أولى، ولو علم كونه لشنآن كان بينه وبين جد الولد أو أخيه لقدم على الوصي؛ لأن في تربيته غيرهما لولدهما معرة، ولو كان الشنآن بينه وبين عم الولد وابن عمه لقدم الوصي لتهمتهما في عداوته والإساءة إليه.

ولأَصْبَغ في سماعه ابن القاسم في النكاح: لو تزوجت أم الصبيان كان الوصي أولى بحضانتهم من أمهم، وإن كن جواري وقد بلغن أبكارًا، وإن كان لهن أخ أو عم أو ابن عم عدولا فالوصي أولى بحضانتهم، وإن انتقل إلى بلد آخر فله حملهم معه؛ لأنه بمنزلة أبيهم في كل شيء إلا تزويج الإناث قبل أن يبلغن.

ابن رُشْد: قيل: إنما يكون الوصي إذا تزوجت الأم أحق بحضانة بنيها الذكور، والإناث كونهن مع زوج أمهن؛ لأنه محرم منهن أولى من كونهن مع الوصي؛ إذ لا حرمة

بينه وبينهن إلا أن يخاف عليهن عند الأم غير الزوج فيكون أولى بهن، وكذا ابن العم بخلاف الأخ والعم هما أحق من الأم إذا تزوجت اتفاقًا، روى هذا المعنى محمد، هذا إن أراد الوصي أو ابن العم أن تكون الابنة معه ومع أهله بداره، وإن أراد أن يعزلها بموضع من يقوم عليها من ثقة النساء ولعلهن قرابات لهن فيكون أحق بها من الأم إذا تزوجت.

قُلتُ: ليست هذه حضانة للوصي؛ بل لمن ضمت إليه الابنة، فإن كان من ذوي حضانتها فواضح وإلا فهي كمن لا حاضن لها فينظر بالأصلح لها في بقائها عند أمها، وتقدم أن مقدم القاضي كالوصي من قولها في إرخاء الستور، وهو نقل المقدمات هنا عن المذهب، وتقدم الترجيح عند اتحاد الدرجة بالمشاركة في الأبوين ثم في الأم.

اللخمي: إن تساوت منزلتهم فكانوا أشقاء أو لأم، فأولاهم أقومهم فإن تساووا فأسنهم.

قُلتُ: الترجيح بالصلاح مقدم على السن، ولا يبعد الترجيح بالنسب في أخوة الأمومة، وقول ابن الحاجب: إن غاب الأقرب فالأبعد لا السلطان، هو نصها إن كانت الجدة للأم بغير بلدة الأب التي هو بها فالخالة أولاهما.

ولابن عات عن المشاور: حضانة أولاد السؤال والفقراء ومن لا قرار لهم ينظر في ذلك السلطان بالأحوط للأصاغر ومن يراه صلاحا من أحد الأبوين، وقول ابن الحاجب: شرط الحضانة العقل والأمانة والكفاية وحرز المكان في البنت يخاف عليها، هو مدلول قولها: إن لم تكن الأم في حرز وتحصين في موضعها، أو كانت غير مرضية في نفسها، فللأب أخذ ابنته منها، وكذا الأولياء والوصي إذا كانوا أهل أمانة وتحصين وكل من له الحضانة ليس له كفاية ولا موضعه بحرز أو لا يؤمن في نفسه فلا حضانة له وهي لمن فيه ذلك، وإن بعد رب والد يضيع ولده ويدخل عليهم رجالا يشربون فينزعون منه.

اللخمي: يراعى حفظ المسكن وتحصينه في الإناث إذا بلغن الوطء لا قبل ذلك ولا في الذكران، فإن كانت الصبية موصوفة بالجمال أو بموضع كثير الفساد فمراعاة حفظ المسكن واجب وإلا فمستحسن.

وصفة الحاضنة ألا تكون عاجزة عن القيام بالمحضون، لا يخشى إدخالها عليه ضررا ولا فساد طبع ولا بدن ولا معيشة، فمن بلغ بها ضعفها أن لا تتصرف إلا بمشقة فلا حضانة لها، والسفه في الدين أو العقل أو حفظ المال بتبذيره قبل تمام مدة فرضه يسقطها، والسفيهة المولى عليها ذات صون وقيام غير متلفة لما تقبضه حضانتها ثابتة:

المتيطي: اختلف في السفيهة قيل: لها الحضانة، وقيل: لا حضانة لها.

قُلتُ: نزلت ببلد باجة فكتب قاضيها لقاضي الجماعة حينئذ بتونس وهو ابن عبد السلام، فكتب إليه بأن لا حضانة لها فرفع المحكوم عليه أمره إلى سلطانها الأمير أبي يحيى أبي بكر بن الأمير أبي زكريا، فأمر باجتماع فقهاء الوقت مع القاضي المذكور لينظروا في ذلك، فاجتمعوا بالقصبة وكان من جملتهم ابن هارون والأجمي قاضي الأنكحة حينئذ بتونس، فأفتى القاضيان وبعض أهل المجلس بأن لا حضانة لها، وأفتى ابن هارون وبعض أهل المجلس بأن لها الحضانة، ورفع ذلك إلى السلطان المذكور رحمهم الله، فخرج الأمر بالعمل على فتوى ابن هارون، وأمر قاضي الجماعة بأن يكتب بذلك إلى قاضي باجة، ففعل وهو الصواب، وهو ظاهر عموم الروايات في المدَوَّنة وغيرها.

اللخمي: خفيف جذام الحاضن وبرصه مغتفر، وفاحشهما مانع، وجنونه في بعض الأوقات بحيث يخاف رعب الولد حين نزوله أو ضيعته مانع، وإن كان الحاضن رجلًا روعي في نسائه حسن القيام بالمحضون ودفع مضرته.

وحاصل قولها: كل من له الحضانة وليس له كفاية، أو ليس في حرز وتحصين، أو ليس بمأمون في نفسه فلا حضانة له.

قول ابن الحاجب: شرط الحاضنة العقل والأمانة والكفاية وحرز المكان، وقوله في البنت يخاف عليها يقتضي تخصيص حرز المكان بالبنت حتى يخاف عليها.

وهو ظاهر قولها: أولا الأم أولى بالجارية حتى تبلغ النكاح ويخاف عليها، فإن كانت أمها في حرز وتحصين ومنعة كانت أحق بها حتى تنكح.

ثم قال: يترك الغلام والجارية عند الجدة أو الخالة إلى حد ما يتركان عند الأم، وقد وصفت لك ذلك إذا كانا في كفاية وحرز.

وهذا نص في اعتبار حرز المكان في الولد، والحق أنه شرط فيهما وهو من البنت حين يخاف عليها آكد.

اللخمي: شرط حضانة الرجل وجود أهل زوجة أو سرية في الذكور ويطلب في الولي للإناث كونه ذا محرم، فإن لم يكنه فعدم أمنه مانع، فإن كان مأمونًا ذا أهل فروى محمد: إن تزوجت أم الصبية ولها وصي بقيت عند أمها مع زوجها؛ لأنه صار ذا محرم، والوصي ليس بمحرم منها إلا أن يخاف عليها عنده فالوصي أولى، ولأَصْبَغ في العتبية: الوصي أولى من الأم إذا تزوجت ومن العم والأخ بالإناث وإن كن قد بلغن أبكارًا، والولي إذا لم يكن بينه وبينها محرم كالوصي.

وقول مالك أصوب؛ لأنها في كفالته لا بد أن يطلع منها على ما لا يحل لطول الصحبة والتربية وفي من لم تبلغ الوطء نظر يصح حضانتها الوصي والولي إلى بلوغ حد الوطء فتنزع، ومنعهما لمشقة نقلهما من قوم لقوم.

وفيها مع غيرها: تزويج الحاضنة أجنبيًا من المحضون يسقط حضانتها بدخولها لا قبله.

ابن حارث: اتفقوا في الحر يطلق امرأته وله منها ولد صغير فتتزوج أن للأب أخذه، واختلفوا في الولي العبد.

فسمع ابن القاسم: شأن العبد ضعيف لعله يذهب لبلد آخر فأرى أن ينظر للولد.

ابن القاسم: إن كان قيمًا بمال سيده تاجرًا له الكفاية فهو أحق، وإن كان وغدًا يباع ويسافر به فلا حق له.

ابن رُشْد: قول ابن القاسم صحيح لا وجه للقول فيه.

قُلتُ: قال ابن عبد الغفور: قول ابن القاسم استحسان، وما نقله ابن حارث من الاتفاق هو ظاهر كلام غير واحد.

وقال المتيطي: هو المشهور المعمول به عند مالك وأصحابه، وفي العشرة ليحيى بن سعيد، روى ابن القاسم: ليس للأب أخذهم من الأم، وإن دخل بها زوجها إن كان الابن في كفاية عندها، وعلى المشهور إن خلت عن الزوج بعد أخذ الولد منها، ففي رجوع حضانتها لها وعدمه رواية ابن خويز منداد مع دليل رواية المبسوط وقول ابن

نافع ورواية المَدَوَّنة مع غيرها، وقيل: أخذه في بقاء حضانتها قولا ابن القاسم وابن شعبان مع قول بعضهم هو مقتضى المَدَوَّنة.

ابن رُشْد: في سقوط حضانتها بدخول من تزوجها بها أو بالحكم بنزع الولد منها قولان،ولو علم الوالد بتزويجها ولم يقم بأخذ الولد حتى طالت المدة، ثم خلت من الزوج فليس له أخذه منها؛ لأنه يعد بذلك تاركا لحقه على الخلاف في أن السكوت إقرار أو لا.

واختلف في ما يسقط من حضانتها بذلك، قيل: تسقط به جملة وهو ظاهر المَدَوَّنة، وقيل: إنها تسقط في جهة من حضن المحضون حال تزويجها، وقيل: إنما تسقط في حال تزويجها، على هذه الأقوال تأتي مسائلهم، فعلى الأول: لا تعود لها حضانتها أبدًا ولو خلت من الزوج، وعلى الثاني: لا تعود لها وإن خلت من الزوج ما دام حاضن الولد على حضانته، فإن سقطت حضانته بموت أو شبهه، وهي فارغة من زوج رجعت لها حضانتها، وعلى الثالث: ترجع لها حضانتها بخلوها من الزوج، وهذه الأقوال بناء على أن الحضانة من حق الحاضن، وعلى قول ابن الماجِشُون إنها من حق المحضون لها أخذ الولد.

ومتى خلت من زوج فإن كان زوج الحاضنة ذا محرم من المحضون لم يمنع، وإن كان لا حضانة له كالخال والجد للأم وإن لم يكنه، فإن كان من ذوي الحضانة فهي أحق ما لم يكن للمحضون حاضنة أقرب إليه منها فارغة من زوج، وإن كان زوجها أبعد من الولي الآخر، وإن كان ممن لا حضانة له فإنه يسقط حضانتها مطلقًا كالأجنبي، وأسقط ابن وَهْب حضانتها بالزوج وإن كان ذا محرم.

قُلتُ: قوله: (وإن كان زوجها أبعد) متعلق بقوله: (فهي أحق)، وفيه نظر؛ لأن كون زوجها أبعد من الولي الآخر يوجب تقديم الولي الآخر على زوجها لقربه وعليها بتزويجها غير ذي محرم من المحضون.

اللخمي: إن تزوجت أمه عمه فأراد عم آخر أخذه، قيل: كونه مع أمه وعمه أولى من عم زوجته أجنبية، وإن تزوجته خالته فأراد أبوه أخذه، قيل: كونه مع خالته وعمه أحسن من كونه عندك وزوجتك أجنبية؛ لأن غالبها عليه الجفاء، وغالب الأب أن

يكله لها.

وإن تزوجت الأم ابن عم الصبية لم ينزع منها؛ لأن دخوله بها يصيره ذا محرم منها، بخلاف الخالة تتزوجه ينزع منها إن كانت حضانتها بعدها لخالة أو أخت لا زوج لها، أو لولي ذي محرم كالأب والجد والعم.

ويترك للأم ولو تزوجت أجنبيًا إن كان رضيعًا لم يقبل ظئرًا أو قبلها، وقالت: إنما أرضعه عندي؛ لأنه مع أمه، ولها زوج خير من الظئر لاسيما إن كان لها زوج أو كان في مستحق حضانته بعد الأم مانعها من عجز ونحوه أو لا حاضن له، فإن كانت وصية، فقال مالك مرة: إن جعلت لهم بيتًا ولحافًا وطعامًا وما يصلحهم لم ينزعوا إلا أن يخشى عليهم، وقال مرة: ما آمن أن ينزعوا منها؛ لأنها إذا تزوجت غلب زوجها على جل أمرها حتى تفعل غير الصواب، ويقول ولاته: ليس لها أن تدخل عليهم رجلًا فما أخوفني إن تزوجت أن ينزعوا منها.

قُلتُ: حاصله أن في لغو تزويج الحاضنة دون إيصاء ذا محرم للولد أو من الحاضنة له بعدها وإسقاطه إياها قولا المشهور وابن وَهْب.

وسمع ابن القاسم في الوصايا: إن تزوجت الأم الوصي وجعلت الولد في بيت بنفقتهم وخادمهم لم ينزعوا، وروى محمد ولو قال في إيصائه إن تزوجت فانزعوهم؛ لأنه لم يقل: فلا وصيَّة لها.

ابن رُشْد: روى السبائي إلا أن يخاف ضيعتهم.

وفي سقوطها بالكفر قولا ابن وَهْب، والمشهور فيها للأم الحضانة ولو كانت مجوسية إن خيف أن تغذيهم بخمر أو خنزير ضمت لناس من المسلمين.

اللخمي: وقاله سَحنون في الجدة والخالة، واحتج ابن وَهْب بأن المسلمة إن قيل عنها سوء ينزع منها فكيف بنصرانية وهو أحسن وأحوط للولد.

وسمع ابن القاسم: إن ردت مطلقة ولدها لزوجها استثقالًا ثم طلبته لم يكن لها ذلك.

ابن رُشْد: إلا على قول ابن الماجِشُون أن الحضانة حق للمحضون، ولو ردته لعذر مرض أو عدم لبن كان لها أخذه إن صحت أو عاد لبنها على سماع أشهب في

الأيمان بالطلاق، ولو تركته بعد زوال عذرها السنة وشبهها فلا أخذ لها.

قُلتُ: هو نص سماع أشهب، قال: فيه سنة أو أكثر من ذلك وأشباه ذلك.

ابن رُشْد: واختلف إن مات هل لها أخذه ممن تصير له الحضانة بعده؟ ففي آخر رسم من سماع أشهب: لا أخذ لها؛ لأن تركها لأبيه إسقاط لحقها، وقيل: لها أخذه؛ لأن محمل تركها إنما هو للأب فقط، وكذا إن قامت الجدة بعد السنة لم يكن لها أخذه.

وقال ابن نافع: لها أخذه، ومثله لابن القاسم في المدنية: لها أخذه إلا أن يكون عرض لها فأبت، وهذا على الخلاف في كون السكوت كالإقرار والإذن أم لا، اختلف فيه قول ابن القاسم.

اللخمي: للحاضنة الرجوع في حضانتها بعد تركها لعذر بعد زواله كسفرها لحج فرضها أو لسفر زوجها بها غير طائعة، إلا أن يكون الولد ألف من هو عندها وشق عليه نقلته، وروى محمد: إن جهلت أن لها الحضانة فلها انتزاعه.

قُلتُ: فجعلها مما تعذر فيه بالجهل.

وسئل ابن رُشْد عن الحاضنة تسافر أم أو غيرها ثم ترجع من سفرها عن قرب أو بعد مما ليس لها حمل المحضون معها هل ترجع لحضانتها؟ وكيف إن كان خروجها إلى الصيفة؟

فأجاب: هي على حقها في حضانتها كما إذا تركته لمرض أو انقطاع لبن.

قُلتُ: جوابه سواء كان سفرها اختيارًا لقول السائل إن كان خروجها للصيفة، وإطلاق جوابه ومقتضى استدلاله بالمرض وانقطاع اللبن تقييد سفرها بأنه اضطرار، وهو ظاهر كلام اللخمي.

وفي إمضاء نقل ذي حضانة إياها لغيره على من هو أحق بها من المنقول إليه، **نقل** ابن رُشْد مع أخذه من قولها: إن صالحت زوجها على كون الولد عنده جاز وكان أحق به، ظاهره ولو كان له جدة، ونقله قائلًا: كالشفعاء ليس لمن هو أحق بالشفعة تسليمها لشريك غيره أحق بها منه.

اللخمي: إن تزوجت الأم وأخذته الجدة ثم أحبت أن تسلمه لأخته فلأبيه منعها ؛ لأنه أقعد منها، وإن أمسكته ثم طلقت الأم لم يكن له منعها من رده لأنه نقل لما

هو أفضل.

قُلتُ: إنما يتم هذا على أن تزويج الأم لا يسقط حضانتها دائماً؛ بل ما دامت زوجة.

قال: وقال في الموَّازية: إن تزوجت الجدة وطلقت الأم أخذه الأب دونهما، وعلى القول الآخر الأم أحق به منه.

قُلتُ: هذا لا يلزم على القول الآخر؛ لأنه إنما قاله والجدة لم تتزوج وحقها باقٍ، ولا يلزم من إعمال نقلها وهي ذات حق إعماله بعد سقوط حقها.

وفيها: إن خرج ولي المحضون وصيًّا أو غيره لسكنى غير بلد حاضنته فله أخذ الولد إن كان معه في كفاية، ويقال لها: اتبعي ولدك إن شئت، ولا يأخذه في سفره لغير سكنى.

اللخمي: بشرط بعد المنتقل إليه.

والقريب ما يجوز للحاضنة الانتقال بالولد إليه، وفي حده اختلاف:

فيها: البريد ونحوه قريب؛ حيث يبلغ الأب والولي خبره.

أصبغ: البريدان بعيد. أشهب: ثلاثة بردٍ بعيد.

مالك: مسيرة يوم قريب، وقال مرة: حد البعد مرحلتان، وقال مرة: ما لا يقطع خبرهم قريب من غير حد بأميال وهو أبين.

قُلتُ: في حد البعد سبعة أقوال متقدم نقل اللخمي ستة: قولها، وقولا أشهب وأصبغ، وثلاثة لمالك، وسابعها قول الباجي: قال محمد: أقرب ما للأب أن يرتحل فيه بالولد ستة برد.

ابن زرقون: روى ابن وَهْب لا ينتقل بهم إلا إلى بلد بعيد كمصر من المدينة. وروى أشهب نحوه.

المتيطي عن ابن الهندي وغيره من الموثقين وعليه يدل لفظها في إرخاء الستور: إن أراد الأب الانتقال لبلد غير بلده فله أخذ بنيه وليس البريد غير بلده.

قال ابن الهندي: وزعم بعض المفتين أن الأب إذا رحل للسكنى على رأس البريد أن له أخذ ولده خلاف ما تقدم.

اللخمي: ويمنع الانتجاع به لموضع غير مأمون وإلى غير قرار، وقال مالك: من أراد أخذ ولده الصغير من مطلقته لينتقل للبادية منع، وفي أخذه بذلك وإن كان رضيعًا إن قبل غير أمه، أو إن فطم واستغنى عن أمه، ثالثها إن أثغر.

للمتيطي عن أحد قولي ابن القاسم مع رواية محمد، له أخذه وإن صغر جدًّا وثانيهما وروايتها.

قُلتُ: لم أجدها فيها، إنما فيها: ما حد ما يفرق بين الأم وولدها في العبيد؟ قال: قال مالك: الإثغار ما لم يعجل بالصبي، وذلك أن يستغني عن أمه بأكله وشربه ولبسه وقيامه وقعوده ومنامه.

قُلتُ: أينهى عن التفرقة بين الأب والولد، كما ينهى عن التفرقة فيها بين الأم وولدها، قال: قال مالك: لا بأس أن يفرق بين الأب وولده وإن كانوا صغارًا، وإنما ذلك في الأمهات.

قُلتُ: وهذا كله إنما هو في العبيد؛ ولذا لم يذكره البرادعي.

الصقلي عن ابن أبي زمنين: كان بعض شُيُوخنا المقتدى بهم يفتون بوقف نقل الوالد ولده على ثبوت استيطانه عند الحاكم، وقال غيره: له أخذه ساعة ارتحاله، وعليه يدل لفظ الكتاب.

وعاب الأول بعض العلماء، وقال: أرأيت إن أراد الرحلة للعراق يمضي إليها ليوطنها ويشهد هنالك ثم يرجع ورجحه ابن الهندي، قال: وهو ظاهر قولها في إرخاء الستور إن أراد الأب أن ينتقل بولده لبلد آخر فله ذلك، فعلقه على مجرد إرادته.

المتيطي: ولسَحنون في أسئلة حبيب: أرى أن يكشف عن انتقاله كشفًا بينًا، فإن بان ضرره منع وإلا ترك.

ابن عات في مقنع ابن بطال قال: من أثق به لفقهاء بلدنا في ذلك اختلاف، منهم من وقفه على ثبوت استيطانه، ومنهم من دفعه له بالعزم على السفر، وبالأول حكم شُيُوخ قرطبة قديمًا.

ابن الهندي: والأحسن أن يصدق بيمين.

المتيطي عن بعض القرويين: هذا حسن في المتهم لا المأمون.

قُلتُ: ففي أخذه بمجرد دعوى الاستيطان ووقفه على يمينه على ذلك مطلقًا، أو إن كان متهما، رابعها على ثبوت تقرر استيطانه، وخامسها على عدم ظهور إرادته ضرر الحاضنة، للصقلي مع جماعة وابن الهندي وبعض القرويين وجماعة من الأندلسيين وسَحنون، ويرجح الأول بأنه ظاهرها، ورابعها بعمل أهل قرطبة، ولعله فيما لا يبعد جدًّا، وعلى اعتبار الاستيطان في الاكتفاء بثبوته مطلقًا وتحديده بعام نقلا المتيطي عن أكثر الموثقين وابن الطلاع.

وفي منع الانتقال بهم لوقفه على جواز البحر نقلا ابن الهندي مصوبًا الثاني.

المتيطي: قول الموثقين في وثيقة إثبات استيطانه ويعرفونه مع ذلك مأمونًا فيه نظر، والواجب حمله على الأمانة حتى يثبت نقيضها.

قُلتُ: لعلهم أخذوه من الرواية في نقل الزوج زوجته.

وفيها: مع غيرها الجد وغيره من الأولياء في الانتقال بالولد كالأب.

قُلتُ: انظر إن اختلف الأولياء في المحل المنتقل إليه هل يقدم الأقعد على الأبعد مطلقًا أو ما لم يكن محل الأبعد أرجح للولد من محل الأقعد، والأظهر الأول لعدم اعتبارهم ذلك في محل الحاضنة.

الباجي: الوصي كالأب إذا انتقل هو أحق ولو بالإناث، ليس لإخوتهم ولا لأجدادهم منعه، سمعه أَصْبَغ من ابن القاسم.

اللخمي: للوصي الانتقال بمن في ولايته حين تصح حضانته مقيمًا، ويختلف إن كان مأمونًا وله أهل إلا أن تكون الصبية لا أهل لها إن خلفت، فيكون للوصي والولي السفر بها إن كانا مأمونين وإلا منعا ونظر لها السلطان، وكذا الأم لها أن تسافر بولدها إن لم يكن له أهل أو كانت وصيَّة ولم تتزوج، ويختلف إن تزوجت؛ فعلى أحد قولي مالك لا ينزع منها في المقام يكون لها السفر به.

وقال أبو مصعب: إن تزوجت وهي وصيَّة لم تخرج به ولو لموضع قريب إلا بإذن الولي.

وفيها: ليس للأم نقل الولد من الموضع الذي فيه والدهم وأولياؤهم إلا لما قرب كالبريد ونحوه حيث يبلغ الأب والأولياء خبرهم.

وسمع القرينان في النكاح لها أن تنتوي بابنتها على قدر ميلين.

ابن رُشْد: هذا مثل قولها، وقد روي عن مالك أن لها الخروج بهم إلى مسافة الرحلة، ثم رجع فقال: لا أرى أن تضر بأوليائهم.

وسمع ابن القاسم في العدة: ليس لها أن تخرج بابنتها لسكنى مسكنها قبل نكاحها على مرحلتين إن منعها عمومتها.

ابن رُشْد: مثله لمالك وابن القاسم في الموَّازية، وعن مالك أن لها أن تخرج بها مسافة يوم، ثم رجع، وليس في ذلك شيء يرجع إليه في الكتاب أو السنة إنما هو الاجتهاد لقوله تعالى: ﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا﴾ [البقرة: 233]، وقوله ﷺ: **«إذا اجتمع ضرران نفى الأصغر الأكبر»**؛ لأن منع المرأة الخروج بولدها إضرار بها، وإباحة ذلك لها إضرار بأولياء الصبي، فوجب الاجتهاد، ولذا وقع فيه الاختلاف.

ولابن عات في بعض الكتب عن ابن جماهر الطليطلي: إن خرجت الأم ببنيها المحضونين إلى الصائفة سقط عن أبيهم فرضهم مدة مقامهم في الصائفة.

وفيها: ليس العبد في انتقاله بولده كالحر، والأم أحق بهم كانت أمة أو حرة؛ لأن العبد لا قرار له، ونقلها الباجي وقال: قال في غيرها: إلا أن يكون للعبد ولي وتظعن الأم بهم حيث شاءت.

اللخمي: للأم الحاضنة الفقيرة النفقة على ولدها اليتيم الموسر، فإن كانت موسرة فقال مالك: لا نفقة لها، وقال مرة: هي لها إن قامت عليهم، وقال أيضًا: تنفق بقدر حضانتها إن كان لا بد لها من حاضن، فجعل لها في هذا القول الأجرة دون النفقة، وأرى إن تأيمت لأجلهم وهي القائمة بأمرهم كان لها النفقة وإن زادت على الأجرة؛ لأنها لو تزوجت أتى من ينفق عليها، وإن لم تتأيم لأجلهم أو كانت في سن من لا تتزوج فلها الأجرة وإن كانت دون نفقتها، وإن كان لهم من يخدمهم أو استأجرت من يخدمهم وإنما هي ناظرة لهم فلا شيء لها.

وفي أجرة سكنى الولد أربعة منها على الأب: السكنى:

يحيى بن عمر: السكنى على قدر الجماجم، قال: وروي أيضًا لا شيء على المرأة في يسر الأب.

سَحنون: ذلك عليها ليس نصفين؛ بل على قدر ما يرى ويجتهد، وأرى إن كان الولد لا تريد سكناه على من يسكن معه من أب أو حاضن فلا شيء على أبيه، وإلا فعليه الأقل مما تزيد على أحدهما.

واختلف في خدمته ففيها: إن كان لا بد لهم من خادم لضعفهم عن أنفسهم والأب يقوى على إخدامهم أخدمهم.

ولابن وَهْب: لا خدمة عليه به، قضى أبو بكر على عمر وأرى أن يعتبر في الخدمة مثل ما تقدم في الإسكان.

وعليه في غطاء الولد ووطائه وقت مبيته مع أمه قدر ما ينوبه، وإن كانوا بمعزل عنها أو بلغوا حد ما لا يبيت الولد معها متعريًا فعليه ما يكفي الولد منفردًا.

وتجب نفقة الوالد لفقره على الولد ليسره والكفر والصحة والصغر وزوج البنت وزوج الأم الفقير لغو.

ابن حارث: روى ابن غانم: لا نفقة للأبوين الكافرين.

المتيطي: بالأول العمل، وهو قول مالك المشهور.

اللخمي: إن قدر زوج أمه على بعض نفقتها لزمه تمامها، ورق الوالد أو الولد يسقطها لوجوبها على السيد وعدم استغلال ملك العبد لو رضيت الأم الفقيرة بترك زوجها الملي نفقتها ففي وجوبها على ولدها الملي قولا الباجي واللخمي قائلا: إلا أن تكون أسنت والزوج على غير ذلك وقام على صحة قوله دليل.

قُلتُ: وهما جاريان على من لأبيه الفقير زوجتان إحداهما أمه فقيرة في وجوب نفقتها عليه أو على أمه فقط، نقلا الصقلي عن شُيُوخ القرويين مصوبًا الثاني قائلًا: هو أشبه بظاهر الكتاب.

قُلتُ: سقوطها ليسر زوجها هو ظاهر قول الجلاب: تجب عليه نفقة أمه وإن كانت ذات زوج إذا كان زوجها محتاجًا، وفي الكافي: تلزمه نفقة أمه وزوجها إن لحقه العدم بعد الدخول.

ولو تعدد يسر الولد ففي كونها على رؤوسهم أو على قدر أموالهم، ثالثها: على قدر إرثهم ما داموا صغارًا:

اللخمي عن ابن الماجِشُون ومحمد مع أَصْبَغ والصقلي مع الشَّيخ عن ابن حبيب مع مُطَرِّف ولم يحكيا عن أَصْبَغ إلا الأول.

اللخمي: إن اتحد قدر ما يفرض له في انفراد كل واحد واجتماعهم فعلى عددهم، وإن اختلف فعلى الأموال مثل أن يكون فرضه على ذي مائة دينار، وعلى ذي مائتين ديناران، وعلى ذي ثلاثمائة دينار ثلاثة دنانير أو ديناران، وكذا إن كان فرضه على أحدهما لقلة ماله أو لأنه صانع نصف دينار وهو نصف نفقة الأب، وعلى الآخر دينار وهو جميع نفقته ولو اجتمعا.

الصقلي عن الشَّيخ لأبي الفرج: إن كان كل واحد تلزمه النفقة لو انفرد فهي عليهم بالسوية، وإن كان بعضهم لا يلزمه لو انفرد شيء فنفقته على باقيهم، وكان ابن الموَّاز أشار أن على كل واحد بقدر يسره وجدته.

الصقلي: وما لأبي الفرج أبين كالحمالة بدين وكل واحد حميل بصاحبه إن لقي أحدهم أخذه بجميع الدين، وإن لقيهم جميعًا أملياء أخذ كل واحد بمنابه، ووجه قول أصبغ: أن لكل واحد لو انفرد وجبت عليه النفقة كاملة صغيرًا أو كبيرًا ذكرًا أو أنثى، فإذا اجتمعوا وزعت عليهم بالسوية.

قُلتُ: قول أبي الفرج هو قول أَصْبَغ وظاهر قول الصقلي والشَّيخ: وأشار محمد. إلى آخره؛ أنه يقول: أن من لو انفرد لم يجب عليه شيء يجب عليه في اجتماعه مع من يجب عليه وهو بعيد جدًّا فتأمله في نوازل ابن رُشْد: من استلحقه رجلان وأنفقا عليه حتى كبر ثم افتقرا لزمه نفقة رجل واحد يقسمانها، وإن افتقر أحدهما لزمه نصف ذلك له.

قال: ومن أنفق على أبيه المعدم فلا رجوع له على إخوته الأملياء بشيء مما أنفق ليس لأجل ما ذكر أنه يحمل منه ذلك على الطوع؛ بل لو أشهد أنه إنما ينفق عن أبيهم فرضهم مدة مقامهم في الصائفة، وفيها ليس عليه على أن يرجع على إخوته بمنابهم لما وجب له الرجوع عليهم بشيء؛ لأن نفقته لم تكن واجبة عليهم حتى يطلبوا بها بخلاف نفقة الزوجة.

قُلتُ: ويؤيده ما في سماع أَصْبَغ من كتاب العدة: من تغيب ويحتاج أبواه وامرأته ولا مال له حاضر أترى أن يتداينوا عليه ويقضى لهم بذلك، قال: أما للزوجة فنعم،

وأما الأبوان فلا؛ لأنهم لو لم يرفعوا ذلك حتى يقدم فأقر لهم غرم للمرأة لا للأبوين.

وفيها: تلزمه نفقة خادم امرأة أبيه لقول مالك: تلزمه نفقة خادمه؛ لأن خادمها تخدم أباه، ولو لم يكن لها خادم كانت الخدمة من النفقة التي تلزمه.

المتيطي عن بعض القرويين: انظر هذا مع قولها في البكر لها خادم ورثتها على الأب نفقة ابنته دون نفقة خادمها، وفي الزكاة منها: من له عبد فهو مال يسقط نفقته عن أبيه، ففرق بعضهم بأن الأب محتاج لخدمة خادمة أو وطئها فهي كالزوجة والولد لا حاجة له إلى الخدمة، فإن احتاج إليها لزم الأب النفقة عليه وعلى خادمه، فلا فرق بينهما إذا اتحد السؤال.

قال: وهذا لم يتأمل مسألة البنت؛ لأنه قال فيها: إن البكر لا بد لها ممن يخدمها، وفرق بعض شُيُوخنا بأن الأب أحوج إلى الإخدام من الولد، قال: وهذا أيضًا استئناس.

المتيطي عن سَحنون: لا يلزمه لابنته ولا لخادمها نفقة؛ لأنها ملية بالخادم، الشَّيخ في مختصره: وفي الزكاة نحوه.

اللخمي: إن كانت البنت لا بد لها من خادم، فقال ابن القاسم: نفقة البنت على أبيها ونفقة الخادم على الابنة، وقال أشهب: على الأب نفقتها وهو أبين كنفقة الابن عليه وعلى خادمه التي لا بد له منها، ويلزم على قول ابن القاسم إن كان الأب معسرًا أن تباع تلك الخادم للإنفاق على الأب؛ لأنه جعل البنت موسرة بها.

وسمع ابن القاسم في العدة: لا يجبر الولد على إحجاج أبيه ولا إنكاحه.

ابن رُشْد: هذا على أن الحج على التراخي، وعلى الفور يلزمه ذلك، كما يجبر على شراء الماء لغسله ووضوئه، وروى أشهب جبره على إنكاحه وهذا ينحو لقولها بإيجاب النفقة على زوجة أبيه، وقول مالك هنا ينحو لقول المغيرة وابن عبد الحَكم أنه لا يجب عليه نفقة زوجة أبيه ولو تحققت حاجته للنكاح لانبغى أن لا يختلف في إيجابه، والخلاف إنما هو عائد إلى تصديق الأب في ذلك، وعزا المتيطي إيجاب إنكاحه لأشهب لا لروايته.

اللخمي: أرى إن كان للأب من يخدمه أو فيه بقية لقيامه بشأنه، وهو ممن يتولى

ذلك، ولا مضرة عليه في عدم الزوجية لم يكن عليه إنكاحه، وإن عجز عن القيام بأمره أو كان ممن لا يتكلف ذلك كان إنكاحه حسنًا، وكان عليه إن لم يزوجه أن يستأجر له من يخدمه، وإن احتاج للإنكاح أنكحه، وقول مالك: أن ليس على الأب أن ينفق على زوجة ولده، والقياس أن ذلك عليه قياسًا على زوجة الأب، ولأن الابن أحوج إلى الزوجة منه.

قُلتُ: يرد بأن نفقة الابن تسقط ببلوغه، وإن فرض كونه بلغ زمنًا فالزمانة مظنة عدم الحاجة للزوجة.

وفيها: ينفق على امرأة واحدة لأبيه لا أكثر.

اللخمي: وإن لم يكن محتاجًا لإصابتها لاحتياجه لم يقوم به، ولأن عليه في فراقها بعدم النفقة معرة.

فإن كانت له زوجتان نفقتهما مختلفة فدعا الأب التي نفقتها أكثر وخالفه الولد، فلا أعرف فيها نصًا، إحداهما **ومقتضى أصول المذهب أن القول قول الأب إن كانت من مناكحه،** وتقدم للصقلي حكم كون أمه وهي فقيرة، ومثله لعبد الحق.

وقال اللخمي: إن كانت أمه وأجنبية أنفق على أمه دون الأخرى، إلا أن تكون أمه أسنت والأخرى شابة، وفي الأب بقية؛ فعليه أن ينفق عليهم.

ابن عيشون: وقيل على الولد نفقة زوجات أبيه ولو كن أربعًا.

وقول ابن عبد الحكم ليس عليه أن ينفق على زوجة أبيه جملة يحسن فيمن أسن ولا يشق عليه فراقها.

اللخمي: ملك الأب دارًا وخادمًا لا فضل في ثمنهما لا يرفع فقره، وإن كانت لغير سكناه وهو في غيرها بكراء لم تجب على ابنه نفقته إلا بنفاد ثمنها، وإن كان للأب صنعة تكفيه وزوجته جبر عليها، وإن كفت بعض نفقته أكملها ولده وليس له إتلاف ماله بعطية وتعود نفقته على ولده، وللولد رد ذلك.

ابن عات عن أحمد بن نصر: إن تصدق من تجري الحضانة على بعض ولده بجل ماله جاز إن ترك لنفسه شيئًا، ويفرض عليه على قدر ما بقي عنده، فإن لم يترك شيئًا فسخت صدقته.

المشاور: لا تجوز الصدقة على ذلك؛ وكأنه اتهمه، ونقل الباجي أن نفقة الوالدين المعسرين تلزم الولد ولو قويا على العمل.

قُلتُ: قولا اللخمي والباجي كالقولين في الفقير القادر على العمل هل يعطى الزكاة أم لا، وإن أنكر الولد فقر أبيه دون إثبات غناه فعلى الأب إثبات عدمه ثم في تحليفه السلطان استبراء للحكم نقلا المتيطي عن ابن لبابة وغيره، قال بعض الموثقين: وبهذا القول القضاء وبه العمل.

قُلتُ: هو نقل ابن عبد الغفور.

ويسر الولد بماله: اللخمي: وبصنعة فيها فضل عن نفقته، فإن ادعى الفقر ففي لزومه إثباته وإلزام الأب إثبات غناه نقلا المتيطي عن ابن أبي زَمَنَيْن مع غيره من الموثقين وعن ابن الفخار عن ابن العطار، قال بعض الموثقين: هذا إن لم يكن له ولد سواه، فإن كان وجب على الابن المدعي العدم إثبات عدمه لمطالبة أخيه بالنفقة معه، فلا ترجع جملتها على الواحد إلا بالحكم بعدم الآخر.

قُلتُ: تعليل ابن الفخار أن قبول قول الابن بأن نفقة الأب إنما هي في فاضل ماله لا في ذمته بخلاف الديون يقتضي أن لا فرق بين انفراد الولد وتعدده.

وفي سماع أَصْبَغ من كتاب العدة قال أصبغ: نفقة الأبوين لا تجب إلا بفريضة سلطان حين يجدهما يستحقانها ويجد له مالًا يعديهما فيه.

ابن رُشْد: مثله في الموَّازيَّة وهو يدل على أنه محمول على العدم حتى يثبت ملاه على ما ذهب إليه ابن الهندي خلاف ما ذهب إليه ابن العطار.

اللخمي: نفقة الأب فيما فضل للولد عن نفقته ونفقة زوجته، واختلف إن كان للولد ولد فقيل: يتحاص الجد وولد الولد، وقال ابن خويز منداد: يبدى الابن.

وأرى أن يبدى الابن إن كان صغيرًا لا يهتدي لنفعه، وسواء كان الأب صحيحًا أو زمنًا.

وإن كان الولد كبيرًا ترجح القولان، وكذا الولدان يبدى الصغير على الكبير والأنثى على الذكر، وكذا الأبوان تقدم الأم على الأب.

وفيها: (بعد ذكرلزو م نفقة الأبوين الولد ويعدى على الغائب في بيع ماله للنفقة

على من ذكرنا) حياته وأن لا دين عليه يغترف ماله، ونفقة الزوجة واجبة حتى يعلم سقوطها بذلك، وهذا من باب استصحاب الحال من ذلك الفرق بين من أكل شاكًّا في الفجر وشاكًّا في الغروب، وبين من أي، وسئل ابن رُشْد عن قول ابن سهل: لا تباع أصول الغائب لنفقة أبويه فقال: إنما حكاه عن ابن عتاب وهو صحيح؛ لأن نفقة أبويه كانت ساقطة فلا تجب عليه حتى يطلباه بها، فإذا غاب عنهما لم يصح الحكم بها عليه، وبيع أصوله لاحتمال كونه في ذلك الوقت قد مات وعليه ديون يستغرقها بخلاف نفقة الزوجة؛ لأن نفقة الأبوين ساقطة حتى يعلم وجوبها بمعرفة حياته وأن لا دين عليه يغترف ماله، ونفقة الزوجة واجبة حتى يعلم سقوطها بذلك، وهذا من باب استصحاب الحال من ذلك الفرق بين من أكل شاكًّا في الفجر وشاكًّا في الغروب، وبين من أيقن بالوضوء وشك في الحدث، ومن أيقن بالحدث وشك في الوضوء.

ومسألة كتاب طلاق السنة في المفقود يموت بعض ولده في تفرقته بين أن يفقد حرًّا أو يعتق بعد أن فقد ومثله كثير.

وقوله: إن الحاكم يضمن إن فعل؛ لأنه من الخطأ الذي لا يعذر فيه -غير صحيح- وإن قاله ابن عات؛ فإنما قاله إغراقًا لمخالفة من خالفه من أصحابه، وأفتى ببيع أصوله في ذلك.

وإنما قلنا أنه غير صحيح؛ لأن محمدًا حكى الإجماع في ذلك وإن وجد في بعض المسائل في ذلك خلاف فهو شذوذ خارج عن الأصول.

وما في إرخاء الستور منها، وسماع أصبغ: من بيع مال الغائب في نفقة أبويه يحمل على ما عدا الأصول استحسانًا؛ لأن القياس ألا ينفق عليهما في مغيبه من ماله لاحتمال موته وإحاطة الدين بماله، ولذا قالوا: لا تؤخذ من ناض ماله زكاة.

وعسر الأب فقره كأخذ الزكاة: فيها: (ينفق على من له خادم من الأبوين، وكذا إن كانت له دار لا فضل في ثمنها كما يعطي الزكاة).

اللخمي: إن كانت له دار لغير سكناه وهو في دار بإجارة لم تجب نفقته على ابنه إلا بعد نفاد ثمنها، وكذا الخادم إن كان غنيًّا عنها.

قُلتُ: يريد بغير سكناه أنها أزيد مما يليق بسكناه ولو كانت قدرها لم يضره ترك

سكناها بسكناه غيرها بكرًا فتأمله.

اللخمي: لابن القاسم في كتاب ابن سَحنون: إن كان الأب لا دار له وللابن دار يسكنها لم يكن عليه بيعها للإنفاق على أبيه، وأرى إن كان الابن صغيرًا في كفالة أبيه وجملته أن تباع للإنفاق عليهما، ولو كان في غلتها ما ينفق على الابن فقط لبيعت لحق الابن في الإنفاق، ولما نقل ابن عبد السلام ما في كتاب ابن سَحنون، قال: وقيل: بل تباع، فعليه تباع دار الأب لينفق منها عليه أولى.

قُلتُ: وهذا لا أعرف من نقله سوى ما ذكر اللخمي من اختياره؛ بل نقل ابن عات عن المشاور والداودي: لا تباع دار الأب في حضانة بنيه، قال غيره: إلا أن يكون فيها فضل، وتقدم نقل ابن رُشْد عن المذهب أن شرط تقرر وجوبها على الولد الحكم عليه بها، وهو مقتضى قولها في الزكاة الأول: إن أنفق الأبوان وصغير ولده وهو موسر ثم طلبوا ذلك لم يلزمه.

قال ابن الحاجب: وتسقط عن الموسر بمضي الزمان بخلاف الزوجة إلا أن يفرضها الحاكم أو ينفق غير متبرع.

ابن عبد السلام: يعني إن فرضها الحاكم وتعذر أخذها لغيبة من وجبت عليه أو لم تتعذر فأنفق على الأب أو على الولد من لم يتبرع بها فله الرجوع، ونبه بقوله: وفرضها القاضي على الجمع بين قولها في الزكاة الأول، وقولها في النكاح الثاني: إن أنفقت الزوجة على طعامها نفسها وصغار ولده وأبكار بناته من مالها أو سلفًا والزوج غائبًا فلها اتباعه إن كان في وقت نفقتها موسرًا، فجمعوا بينهما على أن ما في الزكاة قبل فرض القاضي وما في النكاح بعد فرضه.

قُلتُ: في زكاتها أيضًا مثل ما في نكاحها وهو قوله: ويعدي الولد والزوجة بها تسلفا في يسره من النفقة.

وقول ابن الحاجب: إلا أن يفرضها أو ينفق غير متبرع، يقتضي أن نفقة الأجنبي غير متبرع كحكم القاضي بالنفقة وليس كذلك، إنما يقضي للمنفق غير متبرع إذا كان ذلك بعد الحكم بها، فلو قال: إلا أن يفرضها فيقضى بها لهما أو لمن أنفق عليهما غير متبرع لكان أصوب.

الشَّيخ عن الموَّازية: إذا رفع الأبوان إلى السلطان في مغيب الابن ولا مال له حاضر لم يأمرهما أن يتسلفا عليه بخلاف الزوجة؛ إذ لا تلزم نفقتهما إلا بالحكم.

وفيها: (ما أنفق على الوالدين من مال الولد فلا يتبعهما به إذا أيسرا).

وسمع عيسى ابن القاسم في الرجل يكون لابنه المال فيموت الأب، إن كان مال الابن ناضا فوجده مصرورًا كما كان لم ينفق منه شيئًا لم يحاسبوه بما أنفق أبوه عليه، والروايات واضحة بعدم اتباع الأب ولده بما أنفق عليه.

فيها: (من أنفق على صغير لم يرجع عليه بشيء إلا أن يكون للصبي مال حين أنفق عليه فيرجع عليه بما أنفق عليه من ماله).

وسمع سَحنون ابن القاسم: من غاب أو فقد فأنفق رجل على ولده فقدم أو مات في غيبته، وعلم أنه كان عديمًا لم يتبعه بما أنفق عليه ولا ولده.

ابن رُشْد: لأن الولد إذا لم يكن لأبيه ولا له مال فهو كاليتيم النفقة عليه احتساب ليس له أن يعمر ذمته بدين ولا برضاه؛ إذ ليس ممن يجوز على نفسه رضاه وإن كان له أو لليتيم مال فللمنفق عليهما الرجوع عليهما في أموالهما إن كانت له بالنفقة بينة، وإن لم يشهد أنه إنما ينفق ليرجع بعد يمينه أنه إنما أنفق عليهما ليرجع في أموالهما لا على وجه الحسبة.

ويسر أبي الولد كماله، وروى محمد بن يحيى السبائي أن لا رجوع له في أموالهما إلا أن يكون أشهد أنه إنما ينفق ليرجع في ذلك، وهذا إذا أنفق وهو يعلم مال اليتيم أو يسر الأب، ولو أنفق عليهما ظانًّا أنه لا مال لليتيم ولا للابن ولا لأبيه ثم علم ذلك فلا رجوع له، وقيل: له الرجوع، والقولان قائمان منها.

قُلتُ: الأول ظاهر قولها في تضمين الصناع: ولا يتبع اليتيم بشيء إلا أن يكون له أموال فيسلفه حتى يبيع عروضه، فإن قضى ذلك عن ما أسلفه لم يتبع بالنائف وكذا اللقيط.

والثاني: ظاهر قولها في النكاح الثاني: من أنفق على صغير لم يرجع عليه بشيء إلا أن يكون له مال حين أنفق عليه فيرجع بما أنفق عليه في ماله ذلك، ونحوه في كتاب الولاء منها، والأولى تقييد مطلقها بمقيدها فيكون ذلك قولًا واحدًا، وإذا حاسب

الأب ابنه بما أنفق عليه مما له بيده وطلب الابن يمينه ما أنفقت علي إلا لتحاسبني، ففي الحكم بحلفه له فتوى ابن العطار، ونقل الشعبي فتوى غيره.

وفيها: لا يلزم الجد نفقة ولد الولد كما لا يلزمهم نفقته ولا نفقة أخ ولا ذي رحم.

ونفقة ذي الرق على سيده، في ثاني زكاتها ينفق السيد على عبده إن أبى جبر على أن ينفق عليه أو يبيع، وسمع القرينان في الأقضية قال: قال رسول الله ﷺ: **«للمملوك طعامه وكسوته بالمعروف، ولا يكلف من العمل إلا ما يطيق»**[1]، قال مالك: على سيده أن لا يكلفه إلا ما يطيق يقضى بذلك عليه.

ابن رُشْد: يعني بالمعروف أي: من غير إسراف ولا إقتار بقدر سعة السيد وحال العبد ليس الوغد الأسود الذي للخدمة والحرث كالنبيل التاجر الفاره فيما يجب لهما، وفيه دليل ظاهر على عدم لزوم مساواة العبد سيده في ذلك، وفعل أبي اليسر الأنصاري وأبي ذر ذلك محمول على الرغبة في الخير لا على أنه واجب عليهما، ويقضى للعبد على سيده إن قصر عن ما يجب له عليه بالمعروف في مطعمه وملبسه بخلاف ما يملكه من البهائم فإنه يؤمر بتقوى الله في ترك إجاعتها ولا يقضى عليه بعلفها، وعن أبي يوسف يقضى عليه بعلفها كنفقة العبد؛ لما جاء أنه ﷺ دخل حائط أنصاري فإذا فيه جمل، فلما رأى النبي ﷺ رق له وذرفت عيناه، فمسح رسول الله ﷺ سروه وذفراه حتى سكن ثم قال: **«من رب هذا الجمل؟»** فجاء فتى من الأنصار فقال: هو لي يا رسول الله، فقال رسول الله ﷺ: **«أفلا تتقي الله في البهيمة التي ملكك إياها، فإنه شكى إلي أنك تجيعه»**[2].

والفرق بين العبد والدابة أن العبد مكلف تجب عليه الحقوق من الجناية وغيرها، فكما يقضى عليه يقضى له، والدابة كما لا يقضى عليها لا يقضى لها.

قُلتُ: تعذر شكوى الدابة يوجب أحروية القضاء لها، وقوله: مسح سروه أي:

---

(1) أخرجه مسلم: رقم (1662) في الأيمان، باب إطعام المملوك مما يأكل، والموطأ: 3/980 في الاستئذان، باب الأمر بالرفق بالمملوك.

(2) أخرجه أبو داود: رقم (2549) في الجهاد، باب ما يؤمر به من القيام على الدواب والبهائم.

ظهره، الجوهري: سراة كل شيء ظهره ووسطه والجمع سرواة، والذفرى بالذال المعجمة، الجوهري: هو الموضع خلف الأذن من البعير أول ما يعرف منه، وذكر أبو عمر في العبد مثل ما تقدم، وقال: ويجبر الرجل على أن يعلف دابته أو يرعاها إن كان في رعيها ما يكفيها أو يبيعها أو يذبح ما يجوز ذبحه ولا يترك يعذبها بالجوع.

قُلتُ: ولازم هذا القضاء عليه؛ لأنه منكر وتغيير المنكر واجب القضاء به، وهذا أصوب من نقل ابن رُشْد، وفي: ضحاياها: وقد روي في الحديث: «**ولا بأس بالشرب منها بعد ري فصيلها**»[1].

ابن حارث اختلف في الأمة المستحقة تكون حاملًا ممن استحقت منه، فقال محمد بن عبد الحكم : نفقتها على نفقة مستحقها، وقال يحيى بن عمر: بل هي على من هي منه حامل، وقول يحيى هو الجيد؛ لأن الجنين حر.

قُلتُ: الأظهر إن كان في خدمتها قدر نفقتها أنفق عليها منها، ونفقة العبد المشترك فيه على قدر الأنصباء والمعتق بعضه كشريك والمدبر والمعتق إلى أجل كالقن، وفي كون نفقة المخدم على سيده أو على ذي الخدمة، ثالثها: إن كانت الخدمة يسيرة لنقل ابن رُشْد والمشهور عنده ونقله أيضًا، قال: وقال سَحنون هي في اليسيرة على ربه اتفاقًا وكون الأقوال ثلاثة أصوب، في وصاياها الأول نفقة الموصي بخدمته في الخدمة على المخدم.

ابن العطار: يحتمل كونه بكسر الدال وفتحها، والذي تأولناه الفتح، قال غيره: هذا خلاف قولها في الزكاة الثاني.

قُلتُ: الموصى برقبته لرجل وبخدمته لآخر على من زكاة الفطر عنه قال: عن من أوصى له برقبته إن قبل ذلك كما لو أخدمه سيده رجلًا مع قولها بعد ذلك لا يؤديها الرجل إلا عن من يحكم عليه بنفقته من المسلمين خلا المكاتب.

قُلتُ: قول ابن العطار كما زعم ابن رُشْد أنه المشهور، ومن أعسر بنفقة أم ولده فقال الباجي: في كتاب القزويني: تزوج ولا تعتق، وقاله جماعة من القرويين.

ابن اللباد: سألت عنها يحيى بن عمر فقال: تعتق.

---

(1) تقدم تخريجه.

قُلتُ: لم لا تنفق من عملها، قال: فإن لم يكن فيه كفاية وهو قول أشهب.

ابن عبد الرحمن: تعتق، وكذا إن غاب ولم يترك لها نفقة لا يزوجها الحاكم؛ لأنه مكروه.

ابن سهل: نزلت بقرطبة أيام ابن يبقي في أم ولد أثبتت أن سيدها غاب عنها منذ ثلاثة أعوام وأنها ضائعة ليس لها ما تنفق منه، فأفتى ابن عتاب: يتلوم له شهر ونحوه وتعتق، وطول مدة الغيبة ثلاثة أعوام يسقط عنها الحلف أنه ما خلف لها ما تنفق منه، ولقول أشهب: من عجز عن نفقة أم ولده استحسنا أنها كالزوجة إن لم يقم بأمرها ولم يكن شيء مثله يستعمل فيه بما يكفيها تلوم له شهر وعتقت عليه، وأفتى ابن القطان: لا تعتق وتبقى حتى يقدم سيدها أو يثبت موته أو ينقضي تعميره، هذا الذي أراه على أصول ابن القاسم، ونزلت وأفتى فيها ابن الشقاق بذلك، وقال: روى فيها علي بن زياد بعتقها ولم نأخذ بها، وأفتى القاضي القرشي بإشبيلية أنها تعتق وخولف.

ابن سهل: الصواب عتقها وإن كان ابن العطار قال: لا تعتق وتسعى لنفسها، قال لي ابن عتاب: وتعتد بعد عتقها بحيضة ولا يمين عليها لطول أمد المغيب بخلاف الحرة.

الصقلي: عن بعض القرويين: إن لم يكن في خدمة المدبر ما يكفيه في نفقته وأعسر السيد بها عتق عليه، والله تعالى أعلم.

كتاب البيوع



[كتاب البيوع]

البيع الأعم: عقد معاوضةٍ على غير منافع ولا متعة لذة؛ فيخرج الإجارة والكراء والنكاح وتدخل هبة الثواب، والصرف، والمراطلة، والسلم.

والغالب عرفًا أخص منه بزيادة: **«ذو مكايسةٍ أحد عوضيه غير ذهبٍ ولا فضةٍ معينٌ غير العين فيه»** فتخرج الأربعة(1).

---

(1) قال الرَّصاع: قال الشَّيخ ﷺ في حد البيع الأعم: (عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة) وأشار ﷺ إلى أن البيع يقع في الاستعمال الشرعي بالمعنى الأعم شرعًا ويقع بمعنى أخص فيدخل في هذا الحد الأعم هبة الثواب؛ لأن حكمها حكم البيع وهو عقد معاوضة والصرف أيضًا عقد معاوضة والمراطلة كذلك والسلم كذلك قوله: (على غير منافع) أخرج به الإجارة والكراء وقوله: (ولا متعة لذة) أخرج به النكاح؛ لأنه عقد معاوضة على متعة لذة وأتى بالعقد في الجنس كما قدمنا ذلك؛ لأن البيع من العقود أعمه وأخصه، ثم قال: والغالب في عرف الشرع أخص من ذلك الأعم فيزاد مع الحد الأعم (ذو مكايسة أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة معين غير العين فيه) هذا الحد للأخص الذي غلب الاستعمال فيه فيما ذكر فأشار الشَّيخ إلى أن الشرع ربما كان يستعمل اللفظ عاما في مواضع ويخصصه في غالب استعماله فيما هو أخص من ذلك فيصح الحد للأعم؛ لأنه شرعي وللأخص؛ لأنه هو غالبه وبهذا يظهر ما يأتي في حدود صنع فيها مثل هذا.

قال: فتخرج الأربعة المذكورة.

قوله: (فذو مكايسة) أخرج به هبة الثواب و(أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة) أخرج به المراطلة والصرف وقوله: (معين غير العين فيه) أخرج به السلم وغير العين فيه نائب عن فاعل معين وفيه متعلق بمعين وهو صفة لعقد ومعناه أن غير العين في ذلك العقد معين ليس في ذمة ولذلك خرج به السلم؛ لأن غير العين فيه في الذمة لا أنه معين فمعين إلخ صفة للعقد فالعقد موصوف بأنه إذا وجد فيه أحد عوضيه غير عين فلا بد أن يكون معينا شخصيا لا كليا فيدخل في ذلك بيع العبد المعين بثوب معين؛ لأن كلا من العوضين يصدق فيه أنه غير عين وكذا إذا باع عبدا بعين أو دارا بعين؛ لأن أحد العوضين غير عين ويبقى العين أعم من كونه معينا أو في الذمة.

(فإن قلت): العين أخص والذهب والفضة أعم فهلا قال معين غير الذهب والفضة فيه.

(قُلتُ): العين خاص بالمضروب فلذا كان أخص وعين الأخص لما نذكره بعد في بيان قوله:ودفع عوض إلخ فلذلك أتى بالأخص ولم يأت بالأعم.

(فإن قلت): فإذا كان أحد العوضين فلوسا فهل يصدق الرسم في صورة البيع فيه.

(قُلتُ): يأتي الخلاف فيها هل تدخل في الحكم تحت العوض أو النقد والظاهر أن الرسم غير مطرد بهذه

الصورة مع أنه أدخلها في الصرف فتأمل في ذلك.

(فإن قلت): ما الفرق بين الأعم والأخص في عرف الشرع في الحقيقة الشرعية عنده.

(قُلتُ): يظهر من كلامه أن الذي غلب فيه عند الإطلاق في لفظ البيع ولا يتبادر غيره هو الأخص؛ لأن المترجم عليه بذلك هو المتبادر حده والأعم هو ما أطلق على معين من الذي ذكره من الحقائق ولم يغلب فيه شرعا ولا يتبادر بالإطلاق إلى ذلك المعين إلا بقرينة.

(فإن قلت): يقال على ذلك أن الأعم مجاز شرعي لا حقيقة شرعية ورسمه إنما هو للحقائق الشرعية.

(قُلتُ): لنا أن نقول بأنها حقيقة ليس فيها غلبة وهذا غير ظاهر لتصريحه بأنه غالب.

(فإن قلت): لأي شيء أخرج النكاح من الحد الأعم، فإن كان لأجل ترجمة الفقهاء بالنكاح ولم يطلقوا البيع فكذلك السلم وما ذكر معه وإن كان ذلك لعدم إطلاق البيع على النكاح إلا أنه أشبه شيء بالبيوع حكمًا فكذا قيل في هبة الثواب وما شابهها.

(قُلتُ): هل ذلك؛ لأن المعاوضة ليست حقيقة فيه وفيه بحث لا يخفى على الناظر؛ لأن لقائل أن يقول لو صح ما ذكرتم لما احتاج إلى إخراجه؛ لأن المعاوضة لا تطلق عليه حقيقة وقول الشَّيخ البيع الأعم الأعم صفة للبيع والبيع على حذف مضاف أي حد البيع الأعم عقد إلخ وحد البيع الأعم مبتدأ وخبره العقد إلخ مثل قولك حد الإنسان حيوان ناطق وقد فرقوا بين قولنا الإنسان حيوان ناطق وبين قولنا حد الإنسان حيوان فيتعين حذف المضاف كما أشرنا إليه ثم أن الشَّيخ قال: ودفع عوض في معلوم قدر غير مسكوك ذهب أو فضة لأجل سلم لا بيع.

(فإن قلت): بعد أن شرحت حده ﷺ فما موقع هذا الكلام منه.

(قُلتُ): موقعه والله أعلم أنه لما بين البيع وذكر خاصته وميزه عن السلم بقوله:معين غير العين فيه علم أن السلم غير العين فيه غير معين وإذا كان غير العين معينا في العقدة شمل إذا أعطى جبة في درهم معين أو غير معين أو جبة في برنس فعلمنا من هذا إذا باع جبة بدينار معين نقدا أن ذلك بيع نقد وإذا باع جبة بدينار في ذمة إلى أجل، فإن ذلك بيع أجل وإذا باع دينارا نقدا بثوب في ذمة إلى أجل كان سلما وإذا باع ثوبا بثوب نقدا كان بيعا فحد البيع صادق على الأول والثاني والسلم صادق على الثالث والصورة الرابعة بيع أيضًا لصدق الحد عليها.

(فإن قلت): كيف يصدق الحد على الصورة الرابعة.

(قُلتُ): صدقه عليها ظاهر وذلك أن معنى قوله:معين غير العين فيه إذا كان فيه غير عين كان معينا فكأنه قال: غير العين في هذا العقد مشخص فيدخل في ذلك ثوب معين بثوب معين؛ لأن كلا منهما يصدق فيه أنه غير عين وإذا فهمت هذا علمت موقع كلام الشَّيخ: فيما ذكره بعد فكأن قائلا قال له: إذا دفع عوض معين في معلوم قدر غير مسكوك ذهب أو فضة لأجل هل هو بيع أجل أو سلم وصورته إذا دفع برنسا مثلا في عشرة أقفزة إلى شهر أو في عبد إلى شهر أو في عروض موصوفة إلى شهر أو في وزن حلي أو تبر إلى شهر فهذا قال الشَّيخ: في جوابه يقال فيه سلم سواء كان ذهبا أو فضة أو عروضا لا بيع أجل؛ لأن حد البيع لا يصدق عليه؛ لأن غير العين فيه غير معين وهذا هو ما وعد

به أنه يأتي في سر قوله: معين غير العين فيه.

(فإن قلت): إذا أعطى برنسا في عبد ودينارا في الذمة إلى شهر فهل هذه الصورة من البيع أو من السلم.

(قُلتُ): وقع نظير هذا في المدَوَّنة وذكروا أن فيها بيعا وسلما وكان قد تقدم لنا البحث في كلامه ﷺ في صدق حده في هذه وتأمله، فإن فيه ما يتأمل وتأمل أيضًا هذه الصورة، فإن أهل المذهب أجازوها من غير خلاف وذكروا مسائل لا تجوز حيث يكون فيها رخصة وعزيمة والسلم قيل فيه أنه رخصة وتأمل كلام القرافي في ذلك ثم استدل: بقوله؛ لأنه لو استحق لم ينفسخ بيعه ولو بيع معينا انفسخ بيعه باستحقاقه هذا الكلام لا بد فيه من بيان ما يفهم به مراده ﷺ فنقول لا شك أن القواعد المذهبية فرقت بين بيع ما كان معينا وبين بيع ما في الذمة ولوازم ذلك مختلفة واختلاق اللوازم يؤذن باختلاف الملزومات فمن لوازم المبيع المعين أنه إذا استحق، فإن المستحق من يده يرجع في عوضه إن لم يفت وفي قيمته إن فات ويفسخ البيع بذلك وأما ما بيع في الذمة، فإنه إذا أتى به المدين واستحق، فإن البيع لا يفسخ بل يجب الإتيان بالمثل حتى تبرأ الذمة به فإذا عرفنا ذلك فكأن الشَّيخ يقول ما ثبت في الذمة من غير العين بعوض لا يسمى بيعا إلى أجل بل يسمى سلما؛ لأنه لو استحق لما وقع فيه فسخ للعقدة وذلك من خاصية غير المعين ولو كان بيعا معينا لوقع الفسخ بالاستحقاق والتالي باطل بنصوص المذهب.

بيان الملازمة ظاهر بما قررناه هذا لفظ كلامه ﷺ وموقعه لا يقال أن الشَّيخ: ادعى دعوى مركبة وهي أن العوض في الذمة سلم؛ لأنه بيع لأجل واستدلاله إنما أنتج أن ما في الذمة غير معين بدليل عدم فسخه عند استحقاقه وذلك قدر مشترك بين الثمن المؤجل وبين السلم فأي دليل يعين العقدة المذكورة أنها سلم لا بيعة أجل؛ لأنا نقول ما أشار إليه ﷺ وفتح على لبنا من بركته بمنه إذا تأملت حده للبيع وبيان قصده وظهر لك فرقه علمت. استدلاله على قصده وفيه بحث وما لخصه من أقسام البيع الأخص هنا: وكلامه على كل قسم مع مقابله وغير مقابله في غاية الحسن والترتيب العجيب والتحصيل القريب فراجعه، فإنه جلي؛ لأن الأقسام المذكورة عشرة ويتركب من كل بالنظر مع غيره نحو أربعة وأربعين صورة خمسة منها متباينة والباقي فيها عموم وخصوص من وجه مثل بيع المؤجل وبيع الحاضر فإذا باع سلعة حاضرة بدينار إلى شهر فيصدق فيها البيعان وإذا باع عبدا غائبا بثمن مؤجل صدق الأول وحده وإذا باع سلعة بدينار نقدًا صدق الثاني وحده وباقيها جلي والله أعلم وبه التوفيق ثم نقل عن الشَّيخ ابن عبد السلام أن معرفة حقيقة البيع معلومة حتى للصبيان. قال الشَّيخ: المعلوم ضرورة وجوده عند وقوعه لكثرة تكرره ولا يلزم منه علم حقيقته وقد تقدم تنظيره في الرد عليه.

قال ابن عبد السلام: وعرفه بعضهم بأنه دفع عوض في معوض. قال: ويدخل فيه الفاسد. قال: وخصص بعضهم الحقائق الشرعية بصحيحها؛ لأنه المقصود بالذات ومعرفته تستلزم معرفة الفاسد أو أكثره فقال: نقل الملك بعوض لاعتقاده أن الفاسد لا ينقل الملك بل شبهة الملك. قال: وذكر لفظ العوض فيه خلل؛ لأنه لا يعرف إلا بعد معرفة البيع أو ما هو ملزوم له قال الشَّيخ ﷺ:

ودفع عوضٍ في معلوم قدر غير ذهبٍ مسكوك أو فضة **لأجلٍ سلمٌ لا بيعٌ لأجل**؛ لأنه لو استحق لم ينفسخ بيعه ولو **بيع** معينًا انفسخ بيعه باستحقاق، وحصول عارض تأجيل عوضه العين، ورؤية عوضيه غير العين حين عقده، وبته وعدم ترتيب ثمنه على ثمن سابق، وصحته، ومقابل كل منهما يعدده لمؤجل، ونقد، وحاضر، وغائب وبتٍّ، وخيار، ومرابحةٍ، وغيرها، وصحة وفساد كل منهما مباين لمقابله، وأعم من غيره من وجه.

وقال ابن عبد السلام: معرفة حقيقته ضرورية حتى للصبيان وعرفه بعضهم بأنه: دفع عوض في معوض فيدخل الفاسد أو أكثره، وخصص بعضهم تعريف الحقائق

التعريف الأول في كلامه للخمي؛ لأنه قال: البيع التعاقد والثاني للمازري والصقلي قال: وقصر ابن عبد السلام التعقب عليهما بما ذكر يرد بأن الأول لا يتناول إلا بيع المعاطاة فكيف يقصر الاعتراض بما ذكره وهذا من محاسن الشَّيخ قال: والثاني لا يتناول شيئًا من البيع؛ لأن نقل الملك لازم للبيع أعم منه يعني واللازم إذا كان أعم لا يصح التعريف به، فإن الحد غير مانع، فإن نقل الملك يعم البيع وغيره وإنما كان أعم؛ لأنه يعم السلم وهبة الثواب، فإن ذلك كله ينقل الملك هذا معنى ما أشار إليه.

قال: وقول ابن عبد السلام إلخ انظره، فإنه حسن ولا شك فيما رد به وفيه التركيب، فإن الملك يحتاج إلى بيان حقيقة وفيه اضطراب في تفسيره والله سبحانه ينفعنا به بمنه وفضله ولنذكر هنا ما رأيته لتلميذه الشَّيخ الإمام شيخنا وشيخ شُيُوخنا سيدي أبي القاسم: في كتابه فبعد ما ذكر ما ذكرنا من الاعتراض.

قال: وهذه الاعتراضات والأجوبة تدل على أن القصد طلب حقيقة الشيء وخاصته في هذا وغيره. قال: وحقائق الأشياء لا يعلمها إلا الله والمطلوب في معرفة الحقائق الشرعية وغيرها إنما هو تمييزها من حيث الجملة عما يشاركها في بعض حقائقها حتى يخرج عنها ما يسرع إلى النفس دخوله لا غيره مثل قولنا ما الإنسان فيقال منتصب القامة فيحصل التمييز عن بقية الحيوانات التي يسرع إلى النفس دخولها لا غيرها؛ لأنه وإن كان يدخل عليه الحائط والعمود؛ لكن لما كان غير مقصود هنا لم يقع الاحتراز عنه ثم نقل عن بعض المنطقيين ذلك وأنه يقع في كلامهم من ذلك كثير وإن قصدهم ما يقع التمييز به ولو بأدنى خاصية. قال: ثم أن المتأخرين يعترضون عليهم لاعتقادهم أنهم قصروا ذاتيات الحقيقة أو خاصيتها وهم لا يقصدون ذلك.

قال: وكذا وقع لابن البنا قال: ومن عرف البيع بما عرفه به إنما قصده معرفته من حيث الجملة لا تحصيل الذاتيات فلا يصح اعتراضهم هذا معنى كلامه - رحمه الله ونفع به-.

الشرعية بصحيحها؛ لأنه المقصود بالذات، ومعرفته تستلزم معرفة الفاسد أو أكثره فقال: «نقل الملك بعوض» لاعتقاده أن الفاسد لا ينقل الملك؛ بل شبهته، وذكر لفظ العوض فيهما خلل؛ لأنه لا يعرف إلا بعد معرفة البيع أو ما هو ملزوم له.

قُلتُ: المعلوم ضرورة وجوده عند وقوعه لكثرة تكرره، ولا يلزم منه علم حقيقته، حسبما تقدم في الحج.

والتعريف الأول لأحد نقلي اللخمي أن البيع: التعاقد والتقابض، والثاني للمازري والصقلي، وقصره التعقب عليهما بما ذكر يرد بأن الأول: لا يتناول إلا بيع المعاطاة؛ وبأن الثاني: لا يتناول شيئًا من البيع؛ لأن نقل الملك لازم للبيع أعم منه، وكونه بعوض يخصصه بالبيع عن ملك الهبة، والصدقة ولا يصيره نفس البيع، ويدخل فيه النكاح والإجارة، وفي كتاب الغرر منها من قال لك: «أبيعك سكنى داري سنة»، فذلك غلط في اللفظ، وهو كراء صحيح، وقوله: «العوض أخص من البيع» يرد بأنه أعم منه، لثبوته في النكاح، وغيره تقدم لابن بشير: «النكاح عقد على العضو بعوض».

وقال ابن سيدة: العوض البدل، ونحوه قول الزبيدي: يقال: أصبت منه العوض، وقسم النحاة التنوين أقسامًا: أحدها: تنوين العوض؛ والأصل عدم النقل.

[باب الصيغة في البيع]

وله أركان:

الأول: الصيغة: ما دل عليه ولو معاطاة[1]، في حمالتها: ما فهم أن الأخرس فهمه

---

(1) قال الرَّصاع: قال: (ما دل عليه ولو معاطاة) معناه الأمر الدال على البيع فيدخل فيه اللفظ والإشارة والقرائن الدالة على ذلك والمناولة وهو معنى قوله: (ولو معاطاة) تقديره الشيء الدال على البيع بأي دلالة ولو كان بمعاطاة ومعاطاة نصب على خبر كان وحذفه بعد لو كثير مشتهر ووقع في المدَوَّنة ما فهم عن الأخرس عمل عليه ولزمه وقال الباجي: كل إشارة فهم منها الإيجاب والقبول لزم بها البيع وذكر الشَّيخ أن من أركان البيع الصيغة ويعني بذلك ركنه الحسي الذي لا يصح حمله.

(فإن قلت): قوله:وله أركان يدل على أن المحدود ركنه ما ذكره وكيف صح له ذلك هنا وصح اعتراضه على ابن الحاجب في الطلاق حيث عد من أركانه أهل ومحل فقال إنما ذلك شرط واعترض عليه فهل يقال له هذا كذلك.

=

من كفالة أو غيرها لزمه.

الباجي كل إشارة فهم منها الإيجاب والقبول لزم بها البيع.

ومن قال لمن وقف سلعته للبيع بكم هي؟ **فقال: بكذا، فقال: أخذتها به، فقال: لا أرضى، ففي لزوم البيع واقفها ولغوه إن حلف ما ساومه على الإيجاب**، ثالثها إن كان الثمن قيمتها أو ما تباع به، وإلا فالثاني لسماع القرينين، ولها، ولابن رُشْد عن الأبهري.

ابن رُشْد: وكذا إن قال السائم: أنا آخذها بكذا، فقال البائع: بعتكها به؛ فقال: لا أرضى، قال: ولو وقع هذا ممن لم يقفها بالسوق للبيع لم يلزمه اتفاقًا، وحلف أنه كان لاعبًا إلا أن يتبين صدقه، فلا يحلف، وقال بعضهم: فيه الخلاف كالأول، لظاهر سماع ابن القاسم إذ لم يذكر فيه أنه وقفها للبيع، فيحصل في لزوم البيع، ثالثها سماع أشهب الفرق بين وقفها وعدمه، وليس بصحيح؛ لأن سماع ابن القاسم، وإن لم تكن السلعة فيه موقوفة فذهاب المشتري يستشير فيها بإذن البائع، يخرجها من الخلاف، وقد بين هذا في تفسير ابن مزين.

قُلتُ: نص سماع ابن القاسم هو قول مالك في من أتى بعض النخاسين الذين

(قُلتُ): يمكن الفرق بأن الطلاق معنى لا يمكن أن يكون الأهل ركنا منه بخلاف العقد الحسي وفيه نظر لا يخفى؛ لأن الحقيقة المرسومة ليست الحسية الخارجية فيجب أن يقال المعنى وله أي وللبيع الحسي أركان لا للبيع المحدود فتأمله وظاهره أي صيغة لفظية كانت بلفظ الخبر أو بلفظ الإنشاء تصح صيغة للبيع.

قال ابن رُشْد: إذا قال البائع بعتك بكذا، فإن وقع الجواب قبل التفرق من المجلس وجب البيع ولزم اتفاقا واختلف إذا قال البائع خذها بكذا أو قال المشتري بعنيها بكذا فقيل مثل ذلك وقيل كالمساومة فيدخل الخلاف ورجح القول الأول ووجهه الشَّيخ هنا بأن بعني أمرا بها يصير الآمر مبتاعا وهو يدل على استدعائه حصول المطلوب أو إرادته عرفا وكلاهما يدل ظاهرا على التزام المستدعي أو المراد ورأيت منقولا عن الشَّيخ هنا في هذا الموضع أن الآمر تلزمه الإرادة وعندنا لا يلزم ذلك وإنما وقع اللزوم هنا لأجل العرف في البيع.

(قُلتُ): وكان بعض من لا يفهم اعترض عليه وأجبته بهذا ثم رأيته له: ولا شك أنه قد حقق ذلك وعلم الفرق بين المذهبين قطعا كما هو المقطوع به عنه وأهل الحق يقولون بأن الإرادة والأمر بينهما في العقل عموم وخصوص من وجه وهو حق ظاهر لا شك فيه وتأمل ما نقله الشَّيخ ابن عبد السلام عن بعض المشارقة وهو القرافي وكان يمضي فيه بحث والله الموفق.

يبيعون الرقيق والدواب فيما كسه في الدابه، إلى أن يقول النخاس: هي بكذا فيقول السائم: أأذهب أستشير فيها؟ فيقول: نعم، فيأتي فيرضاها، فيقول البائع: بدا لي، والذي كان بيننا إنما كان مساومة أو قد زيد عليك فبعتها لغيرك فيلزم النخاس البيع.

قُلتُ: فكون البائع نخاسًا وهو الدلال قائم مقام وقفها للبيع.

ابن رُشْد: ولو قال البائع: بعتك بكذا أو المشتري: اشتريت بكذا لزمه إن أجابه صاحبه بالقبول في المجلس قبل التفرق اتفاقًا، وفي كون قول البائع بعتها بكذا أو اشترها بكذا، وقول المشتري: بعنيها بكذا كذلك أو كالمساومة فيدخله خلافها؟ قولان لعيسى بن دينار ومع ابن القاسم ولها ورواهما محمد ورجح الأول.

قُلتُ: لأن بعني أمر بما يصير الآمر مبتاعًا وهو يدل على استدعائه حصول المطلوب أو إرادته عرفًا وكلاهما يدل ظاهرًا على التزام المستدعى أو المراد وقوله «بكذا» جوابًا لقوله: بكم سلعتك؟ لا يدل عليه ولهذا اختصرها أبو سعيد سؤالًا وجوابًا لا يقال: لا يلزم من إرادة كونه بائعًا لزوم العقد من يده إذ البيع أعم منه بتًّا أو خيارًا؛ لأن البيع المطلق ظاهر في البت واللزوم الظني معتبر في الفقهيات، ولذا كان المشهور في اختلافهما فيهما: القول قول مدعي البت.

ابن أبي زمنين: مذهب ابن القاسم أن قوله: بعتها أو أعطيتكها بكذا يلزم البيع قائله، وقول اشتريت أو ابتعتها أو أخذتها بكذا يلزم الشراء قائله. وقول أبيع ونحوه وأشترى ونحوه يلزم اليمين لا العقد الصقلي لأنه وعد.

قُلتُ: في نوازل سَحنون عن رواية ابن نافع من قال لرجل: تبيعني دابتك بكذا؟ فيقول: لا، إلا بكذا فيقول: أنقصني دينارًا، فيقول: لا، فيقول: أخذتها بذلك، لزم البائع البيع.

ابن رُشْد: اتفاقًا فالدلالة تردد المماكسة على أنه غير لاعب.

قُلتُ: مقتضى تبيعني، جوابه: بأبيعك فإلزامه البيع، يعارض نقل ابن أبي زمنين، أو يقيده بغير المماكسة.

قُلتُ: وموجب لزومه أول عاقده قرب قبوله الآخر.

ابن رُشْد: لو قال: أبيعك سلعتي بعشرة إن شئت، فلم يقل: أخذتها حتى انقضى

المجلس، لم يكن له شيء اتفاقًا.

وفي القبس: الإيجاب على الفور عند الشافعي، وقيل يجوز لليسير من الزمان وقيل الكثير، ومقتضى الدليل جواز تأخيره لما لا يبطل تأخيره كونه جوابًا وإن طالت المدة.

قُلتُ: كتب موثق بائع مسافر عبر عنه: بعت موضع كذا من زوجتي فلانة بكذا إن قبلت؛ وبينه وبينها مسافة شهرين؛ فقال ابن عبد السلام مدة قضائه: لا أجيز هذا البيع على هذه الصفة؛ فبدلت الوثيقة بحذف «إن قبلت» فقبلها، فلعله رأى الأول خيارًا والثاني وقفًا.

[باب العاقد الذي يلزم عقده]

الثاني: العاقد: فالعاقل الجائز الأمر الطائع لازم عقده له[1]، وعقد المجنون حين جنونه ينظر له السلطان بالأصلح في إتمامه وفسخه إن كان مع من يلزمه عقده لقولها: من جن في أيام الخيار نظر له السلطان، ولسماع عيسى.

ابن القاسم: إن باع مريض ليس في عقله فله أو لوارثه إلزامه المبتاع.

ابن رُشْد: لأنه ليس بيعًا فاسدًا كبيع السكران على قول من لا يلزمه بيعه، والسكران بغير خمر مثله وفيه به طريقان.

اللخمي: في لزومه بيعه قول ابن نافع ورواية سَحنون، قائلًا: عليه أكثر الرواة، ولم يحك أبو عمر غيره وزاد: ويحلف ما كان حين بيعه عاقلًا.

ابن رُشْد والباجي: إن لم يعرف الأرض من السماء ولا الرجل من المرأة فكالمجنون اتفاقًا وإن كان له بقية من عقله فالقولان.

وفي المحجور طريقان: المتيطي، ما باع من عقاره دون إذن وصيه تعقبه ابن عبد السلام: إن رآه سدادًا والثمن باق أو بعضه، وباقيه أنفقه في مصالحه، أمضاه، وإلا فسخه، ولرب الثمن أخذه، إن قامت عليه بينة مطلقًا، إن كان يعرف بعينه، وإلا فيشترط عدم مفارقته البينة، وإقرار السفيه بتعيينه لغو، ولو أفاته وشهدت بينة أنه أنفقه

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (الجائز) أخرج به المضروب على يديه والطائع أخرج به المكره وما فرع عليه ظاهر.

في مصالحه ففي أخذه من ماله المشهور ونقل يحيى بن إسحاق عن ابن القاسم.

ابن رُشْد: في رد بيع اليتيم والصغير دون إذن وصيه بعض عقاره مع عدم اتباعه بثمنه وإن صرفه في ضروري نفقته مطلقًا أو إن رأى ذلك وصيه مع اتباعه بالثمن. ثالثها لزوم إمضائه إن بيع بالقيمة، وكان أولى ما يباع عليه لابن القاسم،وأَصْبَغ وغيرهما، ولو باع ما بيع غيره أولى رد اتفاقًا، ولو أغرم الثمن لإدخاله فيما لا بد منه، وما باعه وأنفق ثمنه في شهواته المستغنى عنها رد ولم يتبع بشيء اتفاقًا، ولو قل المبيع، والثمن محمول على أنه أنفقه فيما له منه بد حتى يثبت غيره.

وفي كون النظر في حال بيعه يوم عقده أو يوم النظر فيه، قولان الآتي على سماع يحيى بن القاسم مع رواية ابن نافع، وقول أَصْبَغ في الخمسة، والمشهور مع نوازل أَصْبَغ والآتي على قولها في الدور والأرضين، ما اشترى وصي من مال يتيمه أعيد للسوق، وفي أول أنكحتها إن باع يتيم عبدًا بغير إذن ربه وأتلف ثمنه فلربه أخذه ولا عهدة على اليتيم وفي مديانها: (لا يجوز شراء مولى عليه إلا فيما لا بد من عيشه كشرائه بالدرهم لحمًا أو خبزًا وبقلًا ونحوه).

وبيع المكره عليه ظلمًا، لا يلزمه:

الشَّيخ عن ابن سَحنون والأبهري: إجماعًا.

قال ابن سَحنون عنه: وللبائع إلزام المشتري طوعًا، وأخذ مبيعه ولو تعددت أشريته كمستحق كذلك ولا يفيته عتق ولا إيلاد، ويحد المشتري بوطئها ولو أكره العاقد إن لم يلزم أحدهما ما ألزمه الآخر بعد زوال الإكراه.

سَحنون: لو أكره على بيعه بثمن فباعه بأكثر ولا قدرة له على عدم البيع، فهو مكره، ولو أكرها على العقد وقبض الثمن، والمثمن ضمنهما المكره، ويصدق البائع في تلف الثمن، ولو كان يغاب عليه، فلو أقر البائع بالطوع ضمن الثمن، ولم يضمن له مبيعه، وللمبتاع رده وأخذ ثمنه من البائع، فإن كان عديمًا أخذه من المكره ورجع به على البائع، ولو أقر به المبتاع، فالبائع مخير في إمضائه وأخذ مبيعه، فإن هلك بيد المبتاع ضمنه، فإن كان ثمنه كقيمته يوم الإكراه فلا شيء للبائع وإن قصر عنها، فاستحسن سَحنون رجوعه بتمامها على المكره. وقال ابنه: القياس تخييره فيه، وفي اتباع المشتري،

ومن غرم منهما، لم يتبع صاحبه بشيء.

سَحنون: فإن أقام البائع بينة بتلف الثمن، فله أخذ مبيعه وضمان الثمن من مبتاعه لطوعه، ولو تلف المبيع فلربه أخذ قيمته من المكره أو المبتاع ولا رجوع لأحدهما على الآخر، ولو عجز البائع عن البينة بتلفه، ففي تصديقه أول قولي سَحنون، وثانيهما.

الشَّيخ عن سَحنون: من أكره على إعطاء مال ظلمًا فبيعه لذلك بيع مكره.

زاد ابن رُشْد عنه في أجوبته، وفي روايته: ولرب المبيع أخذه دون ثمن إن كان المشتري عالمًا بضغطه ظلمًا وإلا فبالثمن، الشَّيخ عن ابن حبيب وعن أَصْبَغ وابن عبد الحَكم، ورواية مطرف: يتبع المشتري بثمنه الظالم دفعه له هو أو البائع ولو قبضه وكيل الظالم تبع أيهما شاء كالمكره إن فات مبيعه تبع بقيمته أيهما شاء.

قال مطرف: فإن قال الوكيل: ما فعلته إلا خوفًا من الظالم لم يعذر لقوله ﷺ: «**لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق**»[1]، وكذا كل ما أمر بفعله ظلمًا من قتل أو قطع أو جلد أو أخذ مال وهو يخاف إن لم يفعله نزل به مثل ذلك فلا يفعله، فإن فعله لزمه القصاص والغرم.

قُلتُ: هذا ونحوه من نصوص المذهب، يبين لك حال بعض القضاة في تقديمهم من يعرفون جرحته شرعًا للشهادة بين الناس في الدماء والفروج، ويعتذرون بالخوف من موليهم القضاء، مع أنهم فيما رأيت لا يخافون منه إلا عزلته عن القضاء، ولله در الشَّيخ الصالح أبو زكريا الصفوني صالح بجاية أروي عنه بسند صحيح أنه كان يقول: «**اللَّهم العن الشيعة ومغيري الشريعة**».

قال ابن عبد الحَكم، وأَصْبَغ عن مطرف: جهل وصول ثمن مبيع المضغوط للظالم باحتمال صرفه المضغوط من منافعه كتحقق وصوله إن عرف إكراهه له حتى باعه إلا أن يوقن أنه صرفه في منافعه فلا يأخذ مبيعه إلا بدفع ثمنه، وسواء أخرج المضغوط للبيع مكبولًا أو موكولًا به حراس أو أخذ عليه حميل أو كان مسرحًا دون

(1) أخرجه الطبراني في معجمه الكبير: 18/170، رقم (381)، والأوسط: 4/181، رقم (3917)، وشرح السنة للبغوي، رقم (2455).

حميل إلا أنه إن هرب خالفه الظالم إلى منزله بالأخذ والمعرة في أهله، أو كان له مال عين غير ما باعه به أو لم يكن ولي البيع أو وكل عليه، والمشتري إن علم ضغط المضغوط فكغاصب في ضمان المبيع وغلته، وإلا فكمشتر ما استحق منه فيهما، وبيع قريب المضغوط لفكاكه من عذاب كزوجته وولده وقريبه لازم.

ابن حبيب عن مُطَرِّف وابن عبد الحَكم : إن غرم حميل المضغوط عنه شيئًا لم يتبعه به، ولو ضغط الحميل في ذلك لبيع شيء فبيعه بيع مضغوط، وعزا ابن رُشْد لابن القاسم في المبسوط مثل ما تقدم عن مطرف، قال: وحكى ابن حبيب عن مطرف، وابن عبد الحَكم وأصبغ: للمضغوط أخذ ماله ولو من مشتريه من غير المضغوط، ويرجع كل مشتر على بائعه منه، وروى سَحنون وقال: إن ولي المضغوط بيعه وقبض ثمنه لم يأخذه إلا برد ثمنه، وقال ابن كنانة: بيعه لازم له؛ لأنه أنقذه مما كان فيه من العذاب.

قُلتُ: فيلزم مثله في حميله أحرى لقصده مجرد المعروف.

الشَّيخ عن مطرف، وابن عبد الحَكم وأصبغ: والعامل يعزله الوالي على سخطه، أو يتقبل الكورة بمال يلتزمه، ويأخذ أهلها بما شاء من الظلم، فيعجز، أو يتقبل المعدن فيعجز عما عليه فيه فيغرمه الوالي مالًا بعذاب حتى يلجئه لبيع ماله، فبيعه ماض عليه كمضغوط في حق عليه سواء أخذ الوالي ما له لنفسه أو رده على أربابه كمكره أو مضغوط في بيع لحق عليه أو دين لازم، وكذا بيع أهل الذمة أو العنوة فيما عليهم من جزيةٍ وأهل الصلح فيما صالحوا عليه.

ابن رُشْد: الذي عليه عمل أهل القضاة، أن من تصرف للسلطان في أخذ مال وإعطائه، إن أضغطه فيه فبيعه لازم له.

وفي جبر ذي ربعٍ افتقر لتوسيع مسجد الجمعة له قولان لفتوى ابن رُشْد مع أكثر شُيُوخه ونقله عن ابن الماجِشُون ونقله عن بعض شُيُوخه، ونقل الباجي الإجماع على الأول، لا أعرفه في كتب الإجماع واحتج ابن رُشْد بقول سَحنون: يجبر ذي أرض تلاصق طريقًا هدمها نهر لا ممر للناس إلا فيها على بيع طريق منها لهم بثمن يدفعه

الإمام من بيت المال، وبفعل عثمان رضي الله عنه في توسيعه مسجده ﷺ وبقول مالك وغيره: إذا غلا الطعام واحتيج إليه أمر الإمام أربابه بإخراجه للسوق.

قُلتُ: وتقدم في الجهاد جبر رب علج على بيعه لفداء مسلمٍ، قال من هو بيده: لا أفديه إلا به.

[باب في شرط المبيع]

والمبيع شرطه: تقرر ملك مبتاعه عليه، ولو وجب عتقه إذ به يجب[1]، فالمسلم كالمصحف لا يباع من كافر.

المازري: (لا يحل بيع مسلم منه).

قُلتُ: فالمصحف أحرى، فإن وقع ففيها لا يفسخ ويباع عليه.

اللخمي: روى ابن حبيب: يفسخ ويعاقبان، وأصل سَحنون: كل بيع حرام غير منعقد، وضمان مبيعه من بائعه ولو قبضه مبتاعه، وروى ابن شعبان: يفسخ ولو تداولته أشرية مسلمين ولو هلك عند الكافر، ولم يبعه، ضمن قيمته، ومحمل رد البياعات أنه عقوبة له، ولو كان لعدم انعقاده ما ضمنه، وأرى إن ظن المشتري صحة ملكه فله رده

(1) قال الرَّصاع: (فإن قلت): هل معنى ذلك شرط المبيع فيما يصح الانعقاد فيه فلا يصح بيع المصحف أو المسلم من كافر؛ لأن مبتاعه لا يقرر له ملك على المبيع ولذا إذا أسلم عبده بيع عليه لأنه لا يتقرر ملكه عليه أو معناه شرط المبيع في جواز القدوم على البيع.

(قُلتُ): الظاهر أن المراد الأول.

(فإن قلت): هذا الشرط لأي شيء أفرد بيانه: عن المعقود عليه وهلا ذكره في ذلك مع القيود المذكورة فيه.

(قُلتُ): فيه ما يحتاج لتأمل وتأمل اعتراض الشَّيخ على ابن شاس وابن الحاجب في قوله: للكافر مشتري المسلم عتقه.

قال الشَّيخ: قبلوه ولا أعرفه نصا وتأمل النظرين اللذين أشار إليهما وقال في موضع النظر الثاني: قالوا وله العتق فانظر ذلك وتأمله.

بعيب عدم دوامه وحبسه ليباع عليه، وإلا فسد إن فات مضى بالقيمة وبيع عليه.

قُلتُ: في كونه عيبًا نظر؛ لأن عدم دوام ملكه لوصفه لا لصفة المبيع؛ لأنه لو أسلم ثبت، المازري وابن حارث: فسخه قول أكثر أصحاب مالك.

ابن حارث: في مبايعة الكافر بالعين فيها اسم الله قول ابن القاسم: فيها كراهته مالك وأعظم ذلك، وقول ابن عبد الحكم : لا بأس بذلك، وسمع عيسى ابن القاسم يمنع بيع مصحف ابن مسعود.

ابن رُشْد: لأن قراءته لم تثبت.

قُلتُ: وعليه بيع ما يوجد اليوم على أنه التوراة والإنجيل.

وفيها: هبة المسلم عبده المسلم من نصراني وصدقته به عليه ماضيتان ويباع عليه، والنصراني العبد في شرائه مسلمًا كالحر لصحة ملك العبد.

ابن شاس، وابن الحاجب: للكافر مشتري المسلم عتقه وهبته وصدقته من مسلم.

قُلتُ: قبلوه ولا أعرفه نصًّا، ودلالة بيعه عليه دون فسخه واضحة، وفيه على الفسخ نظر، وفي أخذه مما يأتي نظر.

وقال ابن رُشْد: ابن الماجِشُون يرى أن شراء الكافر في ذلك لا ينعقد، فعلى قوله: ما هلك بيد الكافر قبل الفسخ مصيبته من البائع وإن أعتقهم أو باعهم من مسلم رد ذلك.

وفيها: (لو باع نصراني من آخر عبدًا نصرانيا، فأسلم في أيام الخيار عجل متعلق الخيار ليباع على من يصير له).

قُلتُ: فإن كان مبتاعه مسلمًا والخيار له؟ قال: لم أسمعه ولا أرى إسلامه فوتًا، وللمسلم الخيار إن رده بيع على بائعه.

المازري، واللخمي، والتونسي: ظاهره لا يعجل خياره عن مدته.

اللخمي: يحتمل كون ذلك لتقدم حق المسلم على التعجيل أو لأن للكافر يسلم عبده بيعه من مسلم بخيار ثلاثة أيام.

قُلتُ: فلو باعه مسلمًا من مسلمٍ بخيار مبتاعه، عجل على الأول لا الثاني، التونسي: في عدم تعجيله نظر لبقاء ملك الكافر عليه؛ لأنه له غلته، وأضاف المازري

الجواب لنفسه بترجيح حق المسلم كما لو استأجره فأسلم لبقاء مدة من الإجارة لا يجوز بيعه فيها.

قُلتُ: ذكره التونسي وتعقبه بالفرق بأن منافعه في الإجارة ملك للمسلم وفي بيع الخيار للكافر، وجعل ذلك محل نظر.

قُلتُ: وقد يرد الفرق بجائز هو أن في ملك الكافر في بيع الخيار خللًا لتمكن المشتري من رفعه بخلاف الإجارة.

التونسي: انظر لو كان الثلاثة كفارًا وأسلم العبد وبائعه هل يعجل تخيير الكافر كما لو أسلم العبد وحده أو يؤخر؛ لأن الملك والخراج للمسلم؟

قُلتُ: يريد أن الخيار للمشتري وفرضها اللخمي والمازري، والخيار للبائع وأجريا جواز اختياره البيع ومنعه على كون بت الخيار بالعقد الأول أو بعقد بته ولم يتعرضا لتعجيله.

اللخمي: استحسن عدم إمضائه، فإن فعل مضى، التونسي: انظر لو فطن لبيع مسلم عبده المسلم من كافر بخيار هل يبقى لأمده أو يجعل خيار المشتري الكافر؟

ابن محرز: لو كان البائع مسلمًا والخيار له، وأسلم العبد فواضح كون المسلم على خياره، ولو كان الخيار للمشتري احتمل بقاء الخيار لمدته، إذ الملك للبائع وتعجيله إذ لا حرمة لعقد الكافر، ولو أسلم عبد بعد ابتياعه مسلم من نصراني، وظهر به عيب قديم، ففي جواز رده به ولزوم أرشه، نقل ابن حبيب عن ابن القاسم، وقوله مع أشهب وابن الماجِشُون فخرجهما المازري على أن الرد نقض أو بيع.

زاد ابن رُشْد: وهو أصل اختلف فيه قول ابن القاسم وأشهب. والمذهب بيع عبد الكافر يسلم عليه. قالوا: وله العتق، وهو واضح، دليل قول ابن القاسم فيها: (إن أسلم رقيق نصرانية جازت صدقتها بهم على صغير ولدها من زوج مسلم؛ لأن المطلوب زوال ملكها عنهم)، وفي كون هبتها لهم كذلك قول الصقلي مع نقله عن بعض شُيُوخ إفريقيَّة وبعضهم محتجين بأن لها الاعتصار، فصارت الهبة لغوًا في ذلك كلغوها في إباحة وطء أخت وطئت أختها في ملك معها.

قُلتُ: وكذا يلزم في هبتها إياهم لكبير ولدها الرشيد.

وفرق الصقلي بمنع ابتداء اعتصار اعتصار النصرانية بخلاف ملك الأختين فإن اعتصرتهم بيعوا عليها، وعلى قول غير ابن القاسم يرد اعتصارها، وعزا ابن محرز الأول لابن عبد الرحمن وابن الكاتب والثاني لابن مناس.

قُلتُ: ففي قبول عياض اختصرها الشَّيخ بلفظ الهبة بدل الصدقة نظر، وفيها لابن القاسم: الصغير إن عقل الإسلام كالكبير لقول مالك لو كان حرًّا فبلغ فرجع عن إسلامه أجبر عليه ويرد بأن بلوغه بعد إسلامه يلزم إسلامه.

وفيها: إن أسلم وربه النصراني غائب بيع عليه إن بعد وكتب إليه إن قرب والإسلام الحكمي كالوجودي، وفيها إن أسلم وله ولد من زوجته النصرانية: الملك لسيده بيع الثلاثة عليه لمنع بيع الصغير دون أمه، وفي مكاتبها: إن أسلم أحد مكاتبيه بيعت كتابتهما معا، وفي مدبرها: إن اشترى مسلمًا فدبره، أوجر عليه كقول مالك: إن أسلم مدبره، وقال غيره: إن دبر عبده بعد إسلامه، عتق عليه، ولو أسلمت أم ولده ففي مكاتبها، رجع عن وقفها لتعجيل عتقها.

المازري: لو أسلم عبده المؤاجر من نصراني فسخ باقي مدة الإجارة، وهذه الرواية على فسخ شرائه مسلمًا، وعلى بيعه عليه يؤاجر من مسلم بقية المدة.

قُلتُ: يفرق ببقاء ملك الكافر في إجارته عليه، ولذا يفتقر لبيعه بعدها، ولو رهن عبده بعد إسلامه، بيع وفي تعجيل ما هو به رهن مطلقًا، أو ما لم يأت برهن ثقة، نقل اللخمي عن سَحنون قوله معها، ولم يحك المازري غيره، قال: وقيده بعضهم بأنه لم يعقد الإرتهان على عينه، ولو وقع عليه عجل الحق مطلقًا وعممه غيره.

الصقلي: عن بعض القرويين: لو رهنه العبد بعينه عجل الحق مطلقًا، وعابه غيره قائلًا: رأيت لسَحنون: لا يخرج من يده ويقر على حاله للأجل؛ لأن رهن غيره يخاف حوالة سوقه.

الصقلي: هذا مع وجوب بيعه يوجب تعجيل ثمنه، وقول ابن عبد السلام: نقل بعضهم عن سَحنون: يبقى ثمن العبد بيد المرتهن لا يعجل له ولا يلزمه قبوله، لا أعرفه، والصواب نقل الصقلي: إن كان الحق عينًا وإلا فالخيار للمرتهن في قبول التعجيل إن كان من بيع، فالأقوال على عد التأويل أقوالًا ثلاثه،وأجراها التونسي، وابن

محرز، على عتق الرَّهن واستحقاقه، قال عن محمد: لو أسلم بعد رهنه عجل قضاء ثمنه إلا أن يأتي برهن ثقة فيأخذ ثمنه.

قُلتُ: عدم جريان أول الأولى في هذه واضح.

المازري: وفي منع بيع صغير النصاري من نصارى، قولها ونقل اللخمي عن محمد: لا بأس به مع قول أشهب: لا يجبر على الإسلام وإن لم يكن مع أبويه، وخرجهما المازري على جبره على الإسلام، وعدمه. وعلى الأول قال اللخمي: (روى العُتْبِيّ يفسخ). المازري يتخرج على قول آخر بيعه عليه من مسلم.

وفي كبير يهودي من نصراني، قولا اللخمي مع ابن سَحنون وابن وَهْب ومحمد، ولم يحك الشَّيخ مع قولا ابن وَهْب إلا قولا بن سَحنون يكره ذلك للعداوة بينهم، وفي غير الكتابي من كافر ثالثها الصغار لا الكبار لسماع يحيى ابن القاسم منع بيع الروم يقدمون بمجوس الصقالبة من كافر صغيرهم وكبيرهم، ونقل ابن رُشْد رواية ابن القاسم: لا يمنعون لموضع عهدهم، وسماع ابن القاسم منع بيع الرجل من نصراني ما اشتراه من رقيق العجم إن كانوا صغارًا ولا بأس به في الكبار.

قُلتُ: لا يلزم من رواية ابن القاسم جواز بيعهم المعاهد مطلقًا، جواز بيعهم المسلم مطلقًا، ففي بيعهم الكبير قولان، وفي الصغير: المنع للمسلم، وفي الكافر قولان.

ابن رُشْد: وعلى المنع في فسخه وبيعه عليه، سماع ابن القاسم مع قول سَحنون وقولها في المديان والشفعة، وأصل ابن الماجِشُون في عدم انعقاده وقولها في التجارة بأرض الحرب مع سماع سَحنون أشهب وسماع يحيي ابن القاسم قائلًا: إن تهودوا وتنصروا، تركوا لمبتاعهم وعوقب مهودهم ومنصرهم، إن تقدم لهم في ذلك.

قُلتُ: فيلزم تناقض قولها في التجارة وقولها في المديان والشفعة ويرد بأن قولها في المديان إنما هو في فسخ بيع دين من عدو المدين، وفرق التونسي بينهما بعسر بيع الدين، وقولها في الشفعة لا أعرفه، وسماع يحيى البائع فيه غير مسلم بيعه من مسلم أصلح من رده لملك كافر.

المازري: في شراء الكتابي كافرًا غير كتابي ثلاثة فيها ما علمته حرامًا وغيره أحسن. وذكر ابن عبد الحكم : يمنعون في الصغير والكبير، وفي العتبية: يمنعون في الصغير فقط. وهي جارية على الخلاف في جبرهم على الإسلام وعلى المنع يجرى فسخ البيع وبيعه على مبتاعه على الخلاف في اشتراء كافر مسلمًا والجبر بالتهديد والضرب لا القتل.

زاد اللخمي لتقرر حرمة دمه باستحياء الإمام أن يبيع في سبي أو بالعهد أن يبيع من مستأمن.

[باب في المعقود عليه]

الثالث: المعقود عليه: يطلب أنه: طاهر - منتفع به - مقدور على تسليمه - مملوك لبائعه أو لمن ناب عنه لا حق لغيره فيه ولا غرر[1]، فيخرج النجس غير مضطر

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (يطلب أنه طاهر) وجدت مقيدا عن الشَّيخ: قيل له: لأي شيء عدلت عن لفظ ابن الحاجب في قوله: طاهر، وقلت: يطلب.
قال: يشمل هذا الضابط جميع الصور على كل قول؛ لأن الأقوال اتفقت على أنه تطلب هذه القيود ابتداء في المعقود عليه.
(قُلتُ): طاهر أخرج به النجس لا المتنجس كالخمر والميتة والخنزير ولحمه والعذرة على الخلاف والزبل على ما فيه والكلب على الخلاف ويخرج ما يجوز الانتفاع به يعني حالا ومآلا أما الحال فقط فلا، انظر البيع الفاسد من مختصر الشَّيخ وما لا يمكن الانتفاع به ويخرج بيع الآبق وما شابهه والشارد ويخرج بيع الغاصب والمعتدي ويدخل ببيع الوكيل والوصي والمقدم ويخرج بيع الفضولي وهنا فروع كثيرة تجري على ما ذكر مفرعة عليه اتفاقا واختلافا وما ذكرنا من خروج العذرة هو الصحيح وقد ذكروا الخلاف فيها.
ومذهب المدَوَّنة منع بيعها وخرج اللخمي من قول ابن القاسم في إجازة بيع الزبل جواز بيعها، فإنه يقول إذا أجاز ابن القاسم بيع الزبل مع وجود نجاسته فيلزم عليه جواز بيع العذرة لمساواتها في الحكم قال الشَّيخ: وصرح ابن بشير بتعقب تخريج اللخمي بالفرق للخلاف في نجاسة الزبل دون العذرة ومعنى ذلك أنه ذكر فارقًا بين الأصل والفرع.
(فإن قلت): الفرق المذكور هو المذكور عند أهل الأصول وهو إبداء خصوصيَّة في الأصل هي شرط فكيف يقال ذلك هنا.
(قُلتُ): يقال ذلك؛ لأن الزبل لما تقرر فيه وجود الخلاف في نجاسته وعدم نجاسته فعلة جواز البيع في الأصل لها خصوصيَّة في الأصل هي شرط فلا يصح إلحاق الفرع به.
قال ابن الحاجب: والفرق هو راجع إلى أحد المعارضتين على قول وإليهما معا على قول فتأمل ما قيل في ذلك وهل ذلك معارضة واحدة أو هما معارضتان والله أعلم.
قال الشَّيخ: ويفهم من كلام المازري رد هذا الذي ذكره ابن بشير بقوله: لو اعتبر هذا فارقا ما صح تخريج ابن القاسم في المدَوَّنة المنع في الزبل لمالك من منعه في العذرة ومعنى هذا أن يقال لو صح اعتبار الفارق المذكور في الزبل وأنه لا تلحق العذرة به في جواز بيعه لاختصاصه بالخلاف في نجاسته لما صح لابن القاسم: أن يقيس منع بيع الزبل على منع بيع العذرة والتالي باطل بما وقع له في كلام مالك بيان الملازمة؛ لأن الخصوصيَّة في الزبل لو اعتبرت عنده فارقا لكان فرقا مانعا من مساواة نجاسة الزبل لنجاسة العذرة فنجاسة الزبل أخف ونجاسة العذرة أثقل فلا يلزم من منع

للانتفاع به اتفاقًا فحرمة الخمر والميتة ولحم الخنزير للأولين.

[باب في بيع العذرة والزبل]

وفي العذرة ثلاثة: فيها منعها ابن عبد الحكم ، إثم العاقدين سواء.

ابن محرز: روى ابن الماجِشُون جوازه، وخرجه اللخمي لابن القاسم من إجازته بيع الزبل، ونقل عن محمد جوازها للاضطرار والمشتري أعذر، وأشار عياض وصرح ابن بشير بتعقب تخريج اللخمي بالفرق للخلاف في نجاسة الزبل، دون العذرة، ويفهم من كلام المازري رده بأنه لو اعتبره فارقًا ما صح تخريجه فيها المنع في الزبل لمالك من منعه في العذرة، ورد ابن عبد السلام تعقب ابن بشير بقوله: هو بناء على مراعاة الخلاف، وترك مراعاته لا يوجب تخطئة، لا يتقرر ردًّا على ابن بشير إلا أن يريد أن ابن القاسم ألغى مانعية النجاسة في الزبل بجواز بيعه من حيث ثبوتها دون اعتبار القول بعدم نجاسة الزبل نجاسته فساوت حينئذ العذرة الزبل وهذا لا يتم؛ لأن اعتبار دليل القول بعدم نجاسة الزبل معنى مناسب للحكم بإلغاء مانعيتها للبيع، فجاز اعتبار ابن القاسم إياه، وهذا يكفي في الفرق الوارد على القياس، ولا جواب عنه إلا بأن جواز اعتباره منفي بقياسه منع بيع الزبل على منع مالك بيع العذرة إذ لو

= بيع العذرة منع بيع الزبل في تخريج ابن القاسم.

ولما خرج ذلك ابن القاسم: من قول مالك دل على إبطال الفارق وإلغائه فلا يصح اعتباره والفرق به ثم أن الشَّيخ: نقل عن شيخه ابن عبد السلام أنه رد على ابن بشير بقوله:هو بناء على مراعاة الخلاف وترك مراعاته لا يوجب تخطئة قال لا يتم هذا ردا على ابن بشير إلا بأن يزيد ابن القاسم إلغاء مانعية النجاسة في الزبل لجواز بيعه من حيث ثبوتها من غير مراعاة لدليل القول بعدم نجاسته فساوت حينئذ العذرة الزبل، فإن صح أن ذلك قصده في الرد على ابن بشير فلا يتم الرد عليه لجواز اعتبار ابن القاسم هذا المعنى فارقا على القياس المذكور ولا جواب عنه إلا بما ذكره الشَّيخ وهو المعنى الذي قررنا به كلام المازري الآن فتأمل هذا الكلام هنا وراجع ما ذكرنا في مراعاة الخلاف هل تجب على المجتهد أم لا وتقدمت الإشارة إلى ذلك والله سبحانه أعلم وذكرنا هذا البحث؛ لأنه تقدم من بعض الشُّيُوخ النظر فيه والتوقف في فهمه ولا شك أن كلام شيخه وما بينه به يحتاج إلى تأمل والله سبحانه يلهم الجميع لما فيه رضاه بمنه.

اعتبره لكان فرقًا مانعًا من مساواة نجاسة الزبل لنجاسة العذرة، فلا يلزم من منع بيع العذرة منع بيعه، وفي الزبل الثلاثة تخريج ابن القاسم، وقوله وقول أشهب فيها: المشتري أعذر من البائع.

[باب في بيع الزيت النجس، وعظم الميتة، وناب الفيل، وجلد الميتة، والصابون المطبوخ بزيت نجس]

وبيع الزيت النجس وعظم الميتة وناب الفيل في الطهارة، وفي جواز بيع جلد الميتة قبل دبغه طريقان: ابن حارث: لا يجوز اتفاقًا.

ابن رُشْد: في جواز بيعه والانتفاع به، ثالثها ينتفع به ولا يباع لابن وَهْب مع قيامه من سماع ابن القاسم في صابون طبخ بزيت، وقعت فيه فأرة، ومعلوم مذهب ابن القاسم مع روايته وقول ابن الماجِشُون، ورواية ابن القاسم في جامع العتبية: ترك الانتفاع به أحب إليَّ.

وفي جواز بيعه بعد الدبغ نقل اللخمي عن ابن وَهْب مع رواية ابن عبد الحَكم، وقولها وعليه سمع عيسى ابن القاسم، لو اشترى بثمنه غنمًا فنمت، ثم تاب تصدق بالثمن لا الغنم سمع عيسى إن وجد وارثه أو بائعه رده إليه وإلا تصدق به فإن جاء مستحقه خير بين الصدقة والثمن كما في اللقطة.

ابن رُشْد: قول ابن القاسم يتصدق بالثمن استحسان وقياس قوله وروايته جواز الانتفاع بجلود الميتة وإغرام مستهلكها قيمتها صدقته بفضل الثمن على قيمة الانتفاع بها؛ لأن له الرجوع على مبتاعها بقيمة الانتفاع يقاصه بها من ثمنها؛ لأن الغلة إنما تكون للمبتاع بالضمان وهو لا يضمنها إن تلفت، وقول عيسى يرد الثمن على قيمة الانتفاع الصواب فضله ويلزم المشتري إن باعها ما لزم البائع.

قُلتُ: لعل قوله يتصدق بكل الثمن لاحتمال عدم انتفاع المبتاع بها كما تقدم في ابتدال رؤوس الضحايا.

[حكم بيع جلد السبع]

وفي جواز بيع جلد السبع المذكى لجلده قولها، ونقل ابن رُشْد عن ظاهر سماع القرينين في الضحايا لا تعمل الذكاة فيه ولا يطهر بالدبغ مع ابن شاس عن ابن حبيب.

ابن حارث: اتفقوا على طهارة جلد السبع المختلف في أكله وبيعه إن ذكي لجلده، وفي المتفق على منع أكله. ثالثها: إن دبغ كره ولم يفسخ وإن لم يدبغ فسخ بيعه ورهنه وأدب فاعله إن لم يعذر بجهل، والمدر الذي يأكله الناس في كراهة بيعه وحرمته. ثالثها: الوقف لسماع ابن القاسم ما يعجبني بيعه، وأرى منع بيعه، وقول سَحنون: لا يحل بيعه ولا ملكه، ونقل ابن رُشْد عن محمد.

ابن رُشْد: إن كان فيه نفع غير الأكل جاز بيعه ممن يؤمن بيعه ممن يأكله.

ابن الماجِشُون: أكله حرام.

[باب في بيع الخصي]

وسمع ابن القاسم ترك التجر في الخصيان أحب إليَّ، ولا بأس بشراء الواحد والاثنين.

ابن رُشْد: كان لعمر بن عبد العزيز خصي وكذا لمالك.

[باب في بيع الكلب]

والكلب المنهي عن اتخاذه لا يجوز بيعه اتفاقا، وفي المأذون فيه، ثالثها: إلا ما وقع في المغانم، ورابعها: لا بأس بشرائه مطلقًا، ولا يعجبني بيعه، وخامسها: ولا يجوز بيعه بدل لا يعجبني، وسادسها: يجوز في الميراث، والدين والمغانم، ويكره في غيرها، وسابعها: الكراهة مطلقًا لها.

وللعتبي عن سَحنون قائلًا: ويحج بثمنه مع ابن رُشْد عن ابن نافع وابن كنانة وسماع عيسى بن القاسم والعُتْبِيّ عن سماعه أبو زيد، وابن زرقون عن سماع أبي زيد ابن القاسم، وابن حارث عن رواية بعضهم والباجي عن رواية ابن القاسم مع نقله

القاضي عن بعض أصحابنا، وعزا ابن زرقون السادس لرواية المدنيَّة وزاد قال يحيي بن إبراهيم: يريد بالميراث لليتيم لا للبالغين إلا في الدين والغنائم.

ابن زرقون: روى أشهب في ديوانه: يفسخ بيع الكلب إلا أن يطول، وحكى ابن عبد الحَكم ، وإن طال، وسمع أبو زيد: مصيبة كلب هلك بيد مبتاعه قبل نقد ثمنه من بائعه.

ابن رُشْد: لبقائه على ملك بائعه، وعليه لو فسخ بيعه بعد انتفاع مبتاعه به غرم قيمة انتفاعه لعدم ضمانه، وهو قياس ظاهر سماع عيسى ابن القاسم إن اشترى مسلم من آخر خنزيرًا، وقبضه رد الثمن لمبتاعه وقتل الخنزير، إنه يقتل على بائعه، وقيل على مشتريه إن قبضه فعليه يغرم مشتري الكلب إن هلك عنده قيمته، كما لو قتله، والأول المعروف كالزبل وجلد الميتة وشبهه، هذا في المنهي عن اتخاذه اتفاقًا. وفي المأذون فيه على اختلاف، والرابع كقول أشهب فيها: مشتري الزبل أعذر من بائعه.

[باب في بيع الصور]

وسمع القرينان جواب مالك في صور على قدر الشبر يجعل لها وجوه، لا خير فيها، وليس التجر فيها من تجر الناس.

ابن رُشْد: معناه: إنها ليست مصورة بصورة الإنسان إنما فيها شبه الوجوه بالتزويق، فصارت كالرقم، ومثله قول أصبغ: لا بأس بها ما لم تكن تماثيل مصورة تبقى، ولو كانت فخارًا أو عيدانًا تكسر وتبلى، خف بيعها.

ابن رُشْد: الصواب ما لا يبقى كما يبقى.

[باب في بيع آلات اللهو]

وسمع سَحنون ابن القاسم: يفسخ بيع البوق، والعود، والكبر ويؤدب أهله.

ابن رُشْد: يفسخ في الأولين اتفاقًا، وقوله في الكبر خلاف سماعه، عيسى: يجوز استعماله وسماعه قطع سارقه في قيمته قائمًا. وفى ضحاياها يضمن قاتل المؤذون فيه قيمته لا قاتل غير المأذون فيه.

[باب في بيع الهر ونحوه]

ويجوز بيع الهر، والأسد، والسباع، والفهود، والنمور، والذئاب؛ لتذكى لأخذ جلودها. وسمع ابن القاسم: أما بيع الجلود قبل الذبح، فحرام بين وما يعجبني، وعسى أن يكون خفيفًا، وما هو بالمكروه.

ابن رُشْد: أول كلامه خلاف آخره لم يجزه أوله، وهو قول ابن القاسم في العشرة، وأجازه في آخر كلامه، وهو دليل قولها: يجوز بيع السباع لتذكى لجلودها.

[باب في جبر بائع جلد الشاة على ذبحها]

وفي جبر بائع جلد الشاة أو البقرة على ذبحها وتمكينه من استحيائها ليعطي شرو الجلد أو قيمته، ثالثها: له ذلك ويكونان شريكين بقيمة الجلد من كل قيمتها، إلا أن يرضى المشتري بشرو الجلد أو قيمته، ولابن القاسم: فسخ بيعه إلا أن يفوت الجلد، فلا يفسخ، فجعله مكروهًا، وفي المكروه خلاف يأتي في بيع الزرع إذا أفرك، ففي بيعه ستة: الجواز، والكراهة، ويمضي بالثمن، ويفسخ إلا أن يدبغ فيمضي به، وإلا أن يقبض الجلد فيمضي به، وإلا أن يفوت عنده، السادس: يفسخ مطلقًا.

وفي فوته: قيمته، وروى محمد: إن اشتراه على خياره، إذا نظر إليه بعد ذبحها، ولم ينقد ثمنه جاز.

[باب في بيع المريض وذي مرض السياق]

ابن محرز: ذو مرض السياق ومقاربة الموت لا يجوز بيعه.

ابن رُشْد: عن أصبغ: ما نزل به أسباب الموت من شدة المرض أو البلاء في جسده كالسل ونحوه مثله، وفي جواز بيع ذي مرض غيره موجب قصر تصرف الحر على ثلثه، نقل ابن رُشْد عن مذهب مالك مع دليل قولها في الخيار: إذا ولدت الأمة في أيام الخيار فولدها معها في بت البيع ورده، وظاهر قولها في الاستبراء، وسماع عيسى ابن القاسم في الرد بالعيب، ونص أصبغ: لا بأس ببيع المريض ما لم تنزل به أسباب الموت كما تقدم، وعن ابن حبيب مع ابن الماجِشُون، ومال إليه سَحنون.

الصقلي والمازري عن إسماعيل القاضي عن ابن الماجِشُون: إن جاوزت الحامل ستة أشهر منع بيعها كالمريض المدنف.

الباجي عن ابن حبيب: يمنع بيع ذي المرض المخوف منه الموت ويفسخ ما لم يفت، فتجب قيمته يوم قبضه.

ابن زرقون عن عبد الملك: وكذا الحامل بعد ستة أشهر.

ابن أبي زمنين: هو قول أصحاب مالك.

قُلتُ: ظاهر إطلاقتهم، ونص ابن محرز: منع بيع من في السياق، ولو كان مأكول اللحم، للغرر في حصول الغرض من حياته أو صيرورته لحمًا، وفي حصول ذكاته لاحتمال عدم حركته بعد ذبحه، وهو يرد قول ابن عبد السلام: يجوز ذلك في مأكول اللحم.

عياض والصقلي: اعتراض مسألة الخيار بأنها بيع مريض، اعتذر عنه فضل وابن أبي زَمَنَيْن بأن بائعها لم يعلم المشتري بحملها.

عياض: هذا معترض، فإن علم أحد المتبايعين بموجب الفساد يوجبه على أحد القولين.

قُلتُ: قاله ابن محرز بلفظ: على أظهر القولين.

عياض: يمكن كون العاقدين معًا جهلا حملها، أو كان بيعها في آخر سادس شهورها، ووضعت أول سابعها في مدة الخيار.

قُلتُ: مقتضى قول من قبل الحاجة للاعتذار، واقتصار الباجي على نقل قول ابن حبيب إن المذهب منع بيع هذا المريض والحامل بعد ستة أشهر، خلاف نقل ابن رُشْد عن مذهب مالك، ورد ابن محرز الحاجة للاعتذار المذكور بقوله: المذهب جواز بيع المريض والحامل بعد ستة أشهر، وللمتيطي في الهبة: الحامل كالصحيحة حتى يدخل سادس شهورها، وقال بعضهم: حتى يدخل السابع، وقال الداودي: حتى يأخذها الطلق.

[باب في بيع الآبق والشارد]

وفيها مع سائر الأمهات: منع بيع الآبق والشارد ولا ما ند أو ضل، ولو قربت غيبة الآبق، وسمع ابن القاسم: لا أحب شراء الرجل بعيرًا رآه مهملًا في الرعي؛ لأنه لا يدري متى يؤخذ، كإبل الأعراب المهملة في المهامه.

ابن رُشْد: لأنه في حكم الآبق والشارد.

زاد الصقلي والتونسي عن الموَّازيَّة عن ابن القاسم: وكذا المهارات والفلاء بالبراءة.

التونسي: إنما كرهه للغرر لعجزه عن أخذها وإن قدر فقد لا يقدر إلا بعيب يدخلها.

وسمع أَصْبَغ ابن القاسم: لا يحل بيع صعاب الإبل للغرر في أخذها بما عطبت به، ويجهل ما فيها من العيوب وكذا المهارات والفلا كل ذلك مفسوخ، أَصْبَغ احتجاجه بجهل عيوبها غير صحيح؛ لأن البراءة في بيعها جائزة.

ابن رُشْد: اعتراض أَصْبَغ غير لازم؛ لأن ابن القاسم لا يجيز بيع البراءة وهو الصحيح المعروف من قول مالك.

[باب في بيع المغصوب]

وفي بيع المغصوب من غاصبه طرق: سمع عيسى ابن القاسم: من أقام بينة في أرض بيد رجل أنه غصبها منه، وأقام الحائز بينة بشرائها منه، ولا تدري البينة متى وقع الشراء، فبينة الشراء أحق؛ لأن الشراء إن كان بعد الغصب فقد أبطله، وإن كان قبله فبينة الغصب.

ابن رُشْد: زيادة ابن حبيب عن أصبغ، ومطرف، وابن القاسم: إلا أن تكون بينة الشراء إنما شهدت به وهو مغصوب لم يرد، فيكون مفسوخًا تفسير لهذا السماع؛ لأن شراءها قبل ردها ردًا صحيحًا، وانقطاع خوفه عنه فيها لكونه على حالة من الظلم، والقدرة على الامتناع من جريان الحق عليه فاسد؛ لأنه مغلوب على بيعها منه، وإن

اشتراها بعد أن عدل وعاد ممن تأخذه الأحكام وأقر بها، فالشراء صحيح، وهي بيده أو بعد أن ردها، وأجاز ابن القاسم في صرفها شراء الجارية المغصوبة غاصبها إذا أقر بغصبها، وإن كانت غائبة ببلد آخر إذا وصفها؛ لأنه ضامن لها، وتعقبها سَحنون لأجل غيبتها، قال: وقول أشهب فيها أحسن وهو أن لا يجوز بيعها إلا بعد معرفتها قيمتها فإن كانت حاضرة زال التعقب وجاز البيع إن كان حينئذ ممن تأخذه الأحكام، وعليه تحمل مسألة المدَوَّنة.

وفي ظاهره أن قول أشهب الذي مال إليه سَحنون، هو جواز بيعها نفسها بعد معرفتها بالقيمة، والذي نقل التونسي والصقلي عن سَحنون، قوله: لا يجوز بيعها؛ لأنه لا يدري ما باع الجارية أو قيمتها فإن اختار قيمتها يوم الغصب، جاز بيعها نقدًا بما يجوز بيعها به.

الصقلي: ولأنه إذا باعها وقبض ثمنها، قد تكون هلكت قبل البيع، فتلزم قيمتها وقد تكون أقل من الثمن فيرد فضله فيصير بيعًا وسلفًا، قال: وتعقب سَحنون قول ابن القاسم بناء على لزوم قيمتها، ويلزمه أن لا يجوزه الرضى، بطلبها إلا بعد معرفة قيمتها ويصير أخذها كأخذ غائب عن دين، وفيه خلاف، وقد منع ابن القاسم صلح رب شاة من سرقها، وذبحها على شاة حيَّة والمذبوحة قائمة؛ لأنه بيع لحم بشاة لقدرة رب المذبوحة على أخذها، ويلزم قول سَحنون منع أخذ شيء بدل الشاة قبل معرفة قيمتها يوم غصبت، كما قال في الجارية: وهو في الشاة آكد لجواز سقوط قيمة الجارية بإتيانها على حالها قبل إلزام الغاصب قيمتها، والمذبوحة لا تعود حيَّة أبدًا، ويلزمه منع مستحق جارية باعها غاصبها إجازة بيعها قبل معرفة قيمتها ولم يقله أحد، وقول بعض العراقيين إنما يجوز بيع الجارية من الغاصب بما يجوز أخذه عوضًا عن قيمتها إنما يجري على قول سَحنون، ويحتمل على قول ابن القاسم احتياطًا لاحتمال هلاكها قبل البيع.

قُلتُ: قول الصقلي تعقب سَحنون بناء على لزوم قيمتها إلى آخره، يرد بمنع كونه لذلك؛ بل بناء على احتمال لزومها في نفس الأمر ولذا قال: لا يدري هل باع الجارية أو قيمتها؟ وما ذكره من الإلزام الأول والثاني إنما هو بناء على حتم لزوم القيمة لا على احتمالها، وهو لم يقله، وإلزامه الثالث يلتزمه سَحنون، لا سيما على قاعدة من خير بين

أمرين عد منتقلًا، وهو مقتضى مسائل آخر خيارها، وقوله: يلزمه منع مستحق جارية... إلى آخره، يرد بأن احتمال موجب القيمة المانع بيعها مطلقًا، أو الموجب وقفه على معرفتها إنما هو احتمال موجب القيمة المانع تعلق البيع بها كهلاك الجارية يوجب قيمتها ويمنع تعلق البيع بها لامتناع تعلقه بمعدوم فصارت به كالآبق، وموجب القيمة في مسألة مستحق ما باعه الغاصب، إنما هو ما ينزل بها بعد بيعها أو قبله، مما لا يمنعه ضرورة ثبوت تعلق البيع به، وسمع يحيى ابن القاسم في الشهادات كعيسى.

ابن رُشْد: روى زياد لا يجوز شراء غاصب ما غصبه حتى يرده إلى ربه، ويخرج منه، وقاله المدنيون، وتحصيل شرائه ما غصبه وهو بيده إن علم منعه ربه منه إن لم يبعه فسد، وإن علم رده له إن لم يبعه جاز اتفاقًا فيهما، وإلا فقولان لسماع عيسى ابن القاسم مع سماعه يحيى، وظاهر صرفها وغصبها ونقل ابن حبيب عن مُطَرِّف وابن القاسم وأَصْبَغ ورواية زياد، وحمل بعضهم سماع يحيى عليه بعيد، وبه حكم ابن بشير في أرحى لم يبح للسلطان شراؤه حتى صحت لصاحبها ستة أشهر، وللشعبي رأيت لبعض أصحابنا، اتفق مالك وأصحابه على جواز شراء الغاصب ما غصبه.

قُلتُ: لعله يريد لزوم عقده له دون بائعه، وبيعه ربه وهو بيد الغاصب من غيره، والغاصب لا يأخذه حكم فاسد إجماعًا، وإن كان يأخذه الحكم فإن كان حاضرًا مقرا بالغصب جاز البيع، وإن أنكره فقولان لغير ابن القاسم فيها والمشهور؛ لأنه بيع ما فيه خصومة، وفيه قولان قائمان منها، وإن كان غائبًا فثالثها إن كان على غصبه بينة، وقيل إنما الخلاف إن كانت بينة، وإلا فالمنع اتفاقًا. وفي نوازل ابن الحاج كان أبو جعفر بن زرقون يقول: بيع المغصوب عقارًا أو غيره وهو بيد غاصبه جائز لا قيام لبائعه فيه، ويحتج بمسألة الجارية، وقول غصبها إن باع جارية غاصبها ثم اشتراها من ربها صحت البيعتان، ولابن حدير عن أحمد بن خالد: لا يجوز بيع المغصوب وهو أشد من بيع فاسد يفسخ أبدًا ولو فات.

ابن رُشْد في نوازله: يفيته ما يفيت البيع الفاسد، نص عليه ابن حبيب، وهو مذهب مالك وكل أصحابه، وقول أحمد بن خالد خارج عنه، والقول به على مذهب مالك خطأ ظاهر، لا فرق بينه وبين بيع الآبق.

قُلتُ: يفرق بوضوح كون بيع الآبق باختيار ربه فتحققت حقيقة البيع بتحقق كل أركانه، والبائع في الغصب غير محقق اختياره؛ لأنه مكره فاختل ركن البيع، فصار المبيع كمستحق. وفي غصبها: لو باع جارية غاصبها ثم ابتاعها من ربها، فليس للغاصب نقض ما باع؛ لأنه تحلل صنيعة وكأنه غرم له قيمتها، وفي كتاب الغرر منها: من تعدى في متاع وديعة عنده فباعه ثم ورثه عن ربه فله نقضه وهو بيع غير جائز.

ابن محرز: وقال الشَّيخ: انظر قوله أولًا وثانيًا، وفرق بعض المذاكرين بأن الإرث جبر، حل به البائع محل مورثه، فصار له ما كان له، والمشتري متسبب في إمضاء فعله، وسمع سَحنون ابن القاسم: من غصب عبدًا فباعه، ثم ورثه فله الرجوع في العبد.

ابن رُشْد: لأنه وجب له بالإرث ما كان للمستحق ومثله في كتاب الغرر منها بخلاف شراء الغاصب ما باعه لا يكون له رده، والفرق أن الإرث جبري، والشراء هو جبره لنفسه فليس له أن يتسبب لنقض البيع، وقبول ابن عبد السلام قول ابن الحاجب.

وقال ابن القاسم: البيع تام فيهما، لا أعرفه إلا نقل الصقلي عن أَصْبَغ عنه ونقل الشعبي. بعد ذكره الفرق بين شراء الغاصب وإرثه، وقيل ليس له نقضه وقول المازري ظاهر تعليله في المدَوَّنة بأنه تحلل صنيعه إنه لو علم قصده عدم التحليل؛ بل ملكه كان له نقضه. قال: ولو دلس على ربه فابتاعه منه بأقل مما باعه أو بغير جنسه لكان لربه فسخ شرائه منه وأخذه بما باعه به، وتضمينه إياه إن هلك بيده، ولو ابتاعه من ربه مبتاعه من غاصبه فله فسخ شرائه منه وأخذه بثمنه ما لم يحل سوقه، وهو عرض فتجب قيمته كعرض مستحق، ولو اشتراه الغاصب ممن ابتاعه منه لربه بأقل فله أخذه، وما بين الثمنين أو الثمن الأول فقط، ولو اشتراه بذلك لنفسه ففي كونه كذلك، واختصاص الغاصب ما بين الثمنين لقيام المغصوب بيده، ثالثها يرد للمبتاع لابن القاسم وأشهب، وغيرهما.

قُلتُ: عزاه اللخمي لنقل النوادر وعزا لمحمد كأشهب.

[باب في بيع الرَّهن وملك الغير بدون إذنه]

وبيع الرَّهن في الرَّهن وبيع ملك الغير بغير إذنه، والمبتاع يجهله المذهب لربه إمضاؤه.

وفيها: كان بائعه غاصبًا أو متعديًا.

ابن شاس: روى أبو إسحاق عدم صحته.

المازري: لو علم المبتاع غصبه فسد البيع لعلم العاقدين فساده بخلاف علمه أحدهما.

قُلتُ: يتخرج على هذا التقرير ما رواه أبو إسحاق ثم قال المازري: لو علم المبتاع غصبه ففي إمضائه بإمضاء مستحقة قولان مشهوران وينبغي حمله على أنهما دخلا على بت البيع مطلقًا، وعدم تمكين مستحقه من رده ولو دخلا على تمكينه من حله لم ينبغ أن يختلف فيه كما لم يختلف في بيع على خيار رجل بعيد الغيبة على المعروف المشهور.

قُلتُ: أول كلامه يقتضي نفي الخلاف إذا دخلا على تمكين مستحقه من حله، وقوله: (أخيرًا على المعروف المشهور) يقتضي ثبوته.

ابن حارث: لو علم مشتري المغصوب بغصبه، ففي كونه كما لو جهله، وفساد شرائه قول فضل عن أَصْبَغ وأشهب مع قول سلمها الأول (بيع سلعة رجل بشرط خلاصها لا يحل).

قُلتُ: قد يفرق بالضمان وعدمه.

وفيها: لو علم مبتاعه أن المبيع مغصوب وربه غائب فله رده لحجته بتخيير ربه إذا قدم، ولو أقر بائع أمة بغصبها لم يصدق على المبتاع وغرم لربها قيمتها، وفي هبتها لابن القاسم: من باع عبده بعد علمه جنايته لم يجز إلا أن يحمل الأرش، وإلا حلف ما أراد حمله، وفي جناياتها: إن باعه بعد علمه حلف ما أراد حمل الأرش، وكان المجني عليه أخذ الثمن أو العبد إلا أن يشاء ربه فكه بالأرش، فيكون له إلزام المشتري بيعه إن كان أعلمه بجنايته وإلا فلا، قال غيره: هذا إن كانت جنايته عمدًا وإن كانت خطأً فكعيب ذهب.

قُلتُ: ظاهره أن لربه فسخ بيعه بعد فكه من المجني عليه بعد حلفه، وفي فهمه من اختصار أبي سعيد بعد، قال غيره: إن تركه ربه وأراد المجني عليه أخذه، فلمشتريه منعه بدفع الأرش وتبع ربه بالأقل منه ومن ثمنه.

[باب في من باع جارية حلف بعتقها]

وفي عتقها الأول لمالك: (من باع أمة حلف بحريتها ليفعلن كذا لأجل قبل فعله، نقض بيعه، ولو رضيت به، ومن باع أمة حلف بحريتها ليضربنها ضربًا يجوز له، نقض بيعه فإن لم يضربها حتى مات عتقت في ثلثه).

زاد ابن دينار: تعتق حين نقض بيعها ولا تنقض صفقة مسلم إلا لعتق ناجز.

ابن عبد السلام: ضعف تعليله بنقض بيع المدبر ونحوه بأنه لا يعجل عتقه.

قُلتُ: يجاب بأن المعجل نفس ما التزمه بيمينه، وهو مطلق عتقه غير مؤقت بأجل، وعتق أم الولد والمعتق إلى أجل مقيد به، والمدبر كذلك، وبكونه من الثلث والمكاتب بأداء مال وبأنه في اليمين قادر على رقه ببره فيصير نقض صفقة مسلم لغير عتق بخلاف أحد الثلاثة، وفي غررها: أيجوز إن اشترى عمودًا عليه بناء للبائع وأنقض العمود إن أحببت؟ قال: نعم.

اللخمي: يريد إن قدر على تعليق ما عليه أو كان يسيرًا أو على سقوط أو أضعف له في الثمن وإلا لم يجز؛ لأنه فساد فعزو ابن شاس وتابعه شرطي كون بيعه ليس إضاعة مال، وأمن أخذه، للمازري: يوهم اختصاصه به.

[باب في بيع عمود عليه بناء، وعلى من يجب قلعه]

وفي النكت ما نصه: إذا اشترى عمودًا عليه بناء، لبائعه قلع العمود على البائع، وعبر عنه الصقلي بقوله: قال في غير المدَوَّنة: قلعه على بائعه.

عياض: هو ظاهر قولها: وانقض العمود إن أحببت؟

الصقلي وعبد الحق عن الشَّيخ أبي الحسن: إنما عليه إزالة ما عليه، وقلعه على مبتاعه.

زاد بعض القرويين وما أصابه في قلعه فعلى مبتاعه.

التونسي: كمن باع غنمًا استثنى صوفها أو أصلًا استثنى ثمرته، عليه إزالة الصوف والثمر، وقبل الصقلي وعبد الحق تفسير القابسي، وعزاه عياض لبعضهم أخذًا مما يأتي في الحلية، وقال المازري: لا وجه لاستبعاد كون أجر القلع على بائعه؛ لأن اتصاله بما تحته يمنع تمكن مبتاعه من أخذه.

عياض: قيل في هذا الباب كله قولان: هل ذلك على البائع أو المبتاع كبيع صوف على ظهور غنم ونحوه؟

اللخمي: إن كان حوله بناء لبائعه، فعليه إزالته وشرطه: كون أخذه بعد إزالة ما عليه لا غرر فيه وإلا لم يجز.

زاد اللخمي: إلا أن يشترط المشتري سلامته بعد حطه.

قُلتُ: هذا خلاف المذهب؛ لأن الغرر المانع مانع، ولو اشترط فيه سلامة تمكن.

وقال ابن عبد السلام: لا يبعد جوازه دون هذا الشرط؛ لأن ضمانه بعد إزالة ما عليه من مبتاعه: قال: فإن قلت: لا بد من شرطه وإلا كان إضاعة مال من المشتري.

قُلتُ: إن وجب لذلك وجب سقوطه خوف إضاعة البائع ماله.

قُلتُ: يرد بأن منعه مع عدم أمنه؛ لأنه بيع غرر كمتقد قول ابن القاسم لا يحل بيع صعاب الإبل، فلا يتوجه ما أورده من سؤال وجواب بحال.

[باب في بيع نصل سيف دون حليته]

وفيها: لا بأس في قول مالك بيع نصل سيف دون حليته، وينقض صاحب الحلية حليته إن أحب هو وصاحب النصل ذلك، التونسي: قوله: (ينقض صاحب الحلية حليته إن أراد صاحبه ذلك)، مشكل والأشبه أن لمشتري الحلية نقضها إلا أن يقال: إنما باعه ما سوى الحلية فصارا شريكين من دعا إلى البيع فذلك له؛ لكن الظاهر أنهما لم يقصدا هذا.

قُلتُ: إنما شرط في النقض رضاهما؛ لأن البيع إنما تعلق بالنصل بحال هيئة اتصاله بالحلية، وهذه صفة له يبطلها انفصاله، وكذا الحلية فتعلق لكل واحد منهما بحالة هيئة

الا تصال حق فليس لأحدهما إبطالها إلا برضى الآخر، واعتبار حالة هيئة الاتصال، يشهد له ما تقدم في زكاة الحلي المربوط بحجارة، وبيع السيف المحلى بنوع حليته. وظاهر قول اللخمي: وينقض البائع الحلية عدم شرط رضى مبتاعها، ونحوه قول المازري: يقضى على البائع بإزالة الحلية ليمكن مشتري النصل قبضه كالبناء على العمود حكمها واحد، قال: ولو بيع البناء الذي على العمود أو الحلية لجريا على القولين في بيع صوف على ظهور الغنم، وثمر في أصول هل إزالتهما على البائع أو المبتاع.

[باب في بيع الهواء]

وفيها لابن القاسم: يجوز بيع عشرة أذرع فصاعدًا من هواء بيت إن وصفا ما بنى فوق جداره من عرض حائطه، ولا بأس ببيع عشرة أذرع من هواء فوق عشرة أذرع من هواء إذا شرط بناء يبنيه؛ لأن يبني هذا فوقه.

اللخمي: ويصف عرض حيطان البناء ويبنيه بالمعتاد من آجر وغيره.

المتيطي: يجب في شراء هواء بيت ليبني فوقه علية وصف بناء سقفها، وما به يبنيه، ومن حيث يصب ماؤه، ويكون مدخله وموضع مرحاضه، وحيث تصب قناته، وإن كان البيت المبيع هواؤه لا فرش عليه، جاز شرطه على بائعه أو مبتاعه وإن لم يشترطاه ففي كونه على بائعه أو مبتاعه قولان، ولا يجوز لهذا المبتاع بيع هواء عليه.

قُلتُ: إلا برضاء البائع.

[باب في بيع طريق في دار رجل]

وفيها: يجوز في قول مالك شراء طريق في دار رجل، وموضع جذوع من حائط يحملها عليه إذا وصفها.

الصقلي عن أشهب: شرط بيع الطريق كونه يصل منه لملك له، وذكره التونسي غير معزوكأنه المذهب قال: لأنه دونه بيع ما لا نفع فيه قال: ولو استحق ملكه انفسخ بيع الطريق، ونحوه قول المازري عقب ذكره قول أشهب، لا بد من حمل المدَوَّنة عليه وشبه فسخه باستحقاق ما يوصل إليه منه يفسخ بيع زرع قبل بدو صلاحه بأرضه

لاستحقاقها، ولعبد الحق في كتاب القسم عن بعض شُيُوخه: لا يفسخ باستحقاقه لوقوعه جائزًا، ولو اشترى رقبة الطريق جاز دون هذا الشرط.

التونسي: معنى شراء موضع الجذوع: اشتراء منافع الحائط للأبد، حتى لو انهدم كان على ربه بناؤه، ولو اكترى موضعها لزم ضرب الأجل وانفسخ الكراء بانهدام الحائط.

[باب في جهل أحد العوضين في البيع]

وجهل أحد العوضين جملة وتفصيلًا يفسد بيعه. فيها: منع بيع تراب الصواغين.

المازري: هو المسمى شحيرة إن كان المصفى ذهبًا وكنكلًا إن كان فضة.

قُلتُ: هو عام فيهما، وفي تراب حوانيتهم، كتراب حوانيت العطارين، أبو حفص: لو قال مبتاعه: ضاع أو لم يخرج منه شيء حلف وغرم قيمته، ولو فات بتخليصه، ففي لزوم البائع أخذ ما خرج منه، ودفع مثل أجر خلاصه، وتخييره في أخذه بذلك وتركه مجانًا، ثالثها يبقى لمبتاعه، ويغرم قيمته على غرره لو جاز بيعه كغرمه قيمته إن تلف في يده، ورابعها يأخذه ربه مجانًا، للصقلي عن ابن حبيب مع المازري عن المشهور، واختيار الصقلي، ونقله عن بعض أصحابنا، وتخريج التونسي على قول عبد الملك، في بيع ثمر قبل بدو صلاحه على البقاء فسخ بعد سقيه وعلاجه لا أجر له فيهما، ولو خلصه فلم يخرج منه شيء فقيل على ربه أجرته.

الصقلي: هذا غلط لا أجر له.

وفيها: جواز بيع تراب معدن الفضة، وفي الذهب قولها، ونقل الصقلي عن ابن حمدون محتجًا بأن تراب الفضة حجارة تسيل، والذهب تراب، وذهب الصقلي. قال: بعض أصحابنا ظنه مالك كالفضة، فإن كان كما قال ابن حمدون، لم يختلفا ويحتمل أنه نوعان تكلم كل منهما على نوع، وفي جواز قسم ترابهما كيلًا قولا محمد وابن عبد الحكم مع يحيى بن عمر.

[باب في بيع لحم الشاة الحية]

وفيها: لا يجوز بيع رطلين من لحم شاة قبل ذبحها وسلخها، ولا بيع كل رطل من لحوم الإبل والبقر والغنم والطير قبل ذبحها؛ لأنه مغيب لا يدرى كيف يخرج وفي صلحها: لا يجوز صلح عن دين على عشرة أرطال من لحم شاة حية، أشهب: أكرهه فإن حبسها وعرف لحمها وشرع في الذبح جاز.

الصقلي عن محمد عن أشهب: لا يشتري من لحم شاة حية، رطل ولا عشرة ولا أقل ولا أكثر فإن نزل وكان شرع في الذبح مضى، وإن كان بعد يوم فسخته وأنكره سَحنون، فتعقب ابن عبد السلام مقتضى قول ابن الحاجب: وكرطل من شاة قبل ذبحها على الأشهر، إن مقابل الأشهر، جوازه ابتداء ولا يعرف حسن إلا أن اللخمي قال في قولها: لا تجوز الإجارة على ذبح شاة أو سلخها برطل من لحمها هذا على قول مالك؛ لأنه لحم مغيب، ويجوز على قول أشهب؛ لأنه أجاز في كتاب محمد بيع أرطال من لحم شاة قبل ذبحها إذا حبسها وعرف نحوها.

قُلتُ: فظاهره جوازه ابتداءً؛ لكن غيره إنما نقله عنه بعد الوقوع، وفي ثالث سلمها: لا خير في شاة مذبوحة بأخرى إلا مثلًا بمثل تحريًّا إن قدر على تحريهما قبل سلخها.

اللخمي عن فضل: لا يجوز إلا أن يستثني كل منهما جلد شاته، وثالثها لأصبغ: لا يجوز مطلقًا؛ لأنه لا يقدر على التحري، وبيع لحم مغيب، وهو الصواب، وسمع أَصْبَغ ابن القاسم: لا بأس ببيع شاة مذبوحة لم تسلخ على حالها ولو ابتاعها أرطالًا ثم تسلخ وتوزن لم يجز.

ابن رُشْد: ليس بيعها بيع لحم مغيب كما أن بيع الشارف والكسير وما لا يستحيي ليس بيع لحم مغيب وبيع أرطال منها قبل الذبح بيع لحم مغيب، والأصل في هذا إنما يضمنه المشتري بالعقد ليس بيع لحم مغيب وما لا يضمنه حتى يوفاه فهو بيع لحم مغيب.

[باب في بيع الحب المختلط في أندره]

والحب إذا اختلط في أندره وكدس بعضه على بعض، قال عياض: لا يجوز بيعه، وإن كان حزمًا أو قبضًا يأخذها الحرز فقولان، وسمع ابن القاسم: لا يباع القمح في أندره بعد ما يحصد في تبنه، وهو غرر.

ابن رُشْد: يريد في تبنه بعد درسه، وأما قبل درسه فجائز؛ لأنه يحرز ويرى سنبله ويعرف قدره، وقيل لا يجوز، وقاله التونسي وحمل غيره هذا السماع عليه، والصواب، الأول، وهو نقل الجلاب عن المذهب، وفي جعلها: لا بأس ببيع زرع استحصد كل قفيز بكذا بثمن نقدًا ومؤجلًا، ولو تأخر درسه لخمسة عشر يومًا؛ لأنه معلوم بالكيل، ويصل لمعرفة القمح بفرك سنبله، ولا بأس ببيع زيت زيتون قبل عصره كل رطل بكذا، وفي بيوعها الفاسدة إن كان خروجه بعد عصره معروفًا، جاز كالزرع، وإلا لم يجز إلا أن يكون مخيرًا فيه، ولا بنقده، ويكون عصره لعشرة أيام ونحوها.

[باب في بيع دقيق بحنطة]

وفي جواز بيع مد دقيق من حنطة قبل طحنها قولها، ونقل اللخمي عن محمد قائلًا: لا وجه لمنعه، وفي جعلها: لا يجوز بيع زرع يبس جزافًا، على أن على بائعه حصده، وقالوا: لا يجوز بيعه بعد حصده ودرسه وذروه؛ لأنه بيع حب جزافًا لم تعاين جملته.

ابن رُشْد: اتفاقًا.

قُلتُ: في الكافي قيل: يجوز، وقيل لا يجوز.

ابن رُشْد: وذهب التونسي إلى ما يتخرج عليه جوازه قال: أجازوا بيعه على أن على بائعه حصده، وقالوا: لا يجوز بيعه بعد حصده في سنبله فإن قيل جاز ذلك؛ لأنه رآه قائمًا قبل حصده، قيل: يلزم عليه جواز بيعه على أن عليه حصده ودرسه وذروه، وقوله هذا لا يصح؛ لأن بيعه بعد حصده في سنبله جائز.

قُلتُ: تقرير ذهاب أبي إسحاق إلى ما يتخرج عليه جوازه، أنه جعل بيعه على أن بائعه حصاده مع عدم مناقضته لما نقله عن المذهب من منع بيعه بعد حصاده بالفرق

بينهما بتقدم رؤيته قبل حصاده ملزومًا بجواز بيعه قبل حصاده على أن على بائعه حصده ودرسه وذروه، والملزوم عنده حق فلازمه كذلك وتقرير رده.

ابن رُشْد: منع حقية الملزوم المذكور ببطلان بعض أجزائه، وهو منع بيعه بعد حصاده؛ لأن بيعه كذلك جائز حسبما مر، وفي إلزامه التونسي ذلك نظر؛ لأنه لم يصرح بحقية الملزوم المذكور؛ بل ظاهر كلامه أنه عنده باطل؛ لأن المناقضة المذكورة عنده ثابتة، وجوابها بالفرق المذكور عنده باطل لإبطاله الفرق المذكور بأنه ملزوم لإجازة ما لا يجوز، وهو بيعه على أن على بائعه حصده، ودرسه وذروه، فتأمله، ولا يتوهم رد كلام التونسي لما تقدم البحث فيه فى هدي الحج، وهو قول القائل: بأمر ملزوم لأمر لا يقول به لجهل لزومه، لمقوله: هل يلزمه ذلك اللازم أم لا؟

ابن حارث: لا يجوز بيع زيتون على أن على بائعه عصره اتفاقا.

[باب في بيع الحيتان في البرك]

قال: وفي بيع الحيتان في البرك إذا حظى عليها، قول أشهب: لا بأس به وقول ابن القاسم فيها: كرهه مالك، وقال: كيف يباع الحوت في الماء؟

[باب في الجهل بالثمن]

وجهل الثمن مطلقًا مانع، وفي جهله من وجه خلاف، والروايات معها منع بيع سلعة بقيمتها أو بما يقع عليها من ثمنها مع غيرها.

الباجي واللخمي عن ابن القاسم: من قال: بعتكها بما شئت ثم سخط ما أعطاه، إن أعطاه القيمة لزمه.

محمد: معناه: إن فاتت.

الباجي: حمله ابن القاسم على المكارمة كهبة الثواب واعتبر محمد لفظ البيع والروايات معها في مواضع عدة جواز بيع عدد آصع أو أقفزة من صبرة أو كلها على الكيل، كل صاع أو قفيز بكذا.

ابن رُشْد: منعه ابن أبي سلمة لجهل الثمن حين العقد.

قُلتُ: قال ابن حارث قال سَحنون: لا يجوز، وهي الرواية القديمة، وسمع القرينان لا خير في شراء صبرة ثلاثة آصع بدينار على زيادة ثلاثة آصع على الجملة.

ابن رُشْد: لأن شرط الزيادة يصير الثمن مجهولًا إن بلغت الصبرة تسعة آصع كان للدينار أربعة آصع وإن بلغت اثني عشر كان له ثلاثة آصع وثلاثة أرباع، ولو قال: أبيعك من هذه الصبرة بحساب كل عشرة أقفزة بدينار. فقال القاضي لا نص، وقال بعض أصحابنا: البيع فاسد لجهل قدر المبيع؛ لأن من للتبعيض. قال: والأولى صحته بجعل المبيع كلها على أن من زائدة، أو يجعله قدر المسمى نصًّا فقط، كقول عبد الملك أكريك هذه الدار بحساب كل شهر بدينار، يلزم العقد في شهر.

وفي غررها: لا بأس ببيع سمنٍ أو زيتٍ كل رطل بكذا على أن يوزن بظروفه ويطرح وزنها بعد تفريغها، أو على الكيل على أن يوزن بظروفه كذلك ثم يحسب باقي الوزن أقساطًا على ما عرف من وزن القسط إن كان الوزن والكيل عندهم لا يختلف، فإن وزن بظروفه ثم فرغت وتركت عند البائع؛ لأن توزن، فقال المبتاع بعد ذلك: ليست هي هذه، فإن لم يفت السمن وتصادقا عليه، أعيد وزنه وإلا فالقول قول من الظروف بيده من بائع أو مبتاع؛ لأنه مأمون.

اللخمي عن محمد عن أشهب: القول قول المبتاع في قدر ما قبضه من المبيع، قال مع التونسي: وأجرة الكيل ثانيًا على المبتاع إلا أن يتبين صدقه فعلى البائع.

اللخمي: لو ذهب المبتاع بالظروف ليفرغها فقال: تلفت فإن كانت العادة مضي المشتري بها ليفرغها قبل قوله؛ لأنها بيع وإجارة، وإن كانت العادة تفريغها قبل أن يذهب بها لم يصدق؛ لأنها عارية.

الصقلي عن محمد لا يضمن المبتاع الظروف؛ لأنها مكراة، وكان الثمن وقع على الزيت، وعارية الظروف الصقلي روى العُتْبِيّ واللخمي ومحمد: يجوز بيع الزيت والسمن مع زقاقه وزنًا؛ لأن الناس عرفوا وزنها، والغلال إن عرفت كذلك مثلها.

اللخمي: هما سواء، والزقاق أشد اختلافًا. الفحل من الخصي وهو أثقل من الأنثى.

[باب في جمع الرجلين سلعتيهما في البيع]

وفي جواز جمع الرجلين سلعتيهما في البيع ثالثها يكره، ورابعها: إن قوماهما قبل البيع لأشهب مع أحد قولي ابن القاسم فيها وابن شاس عن سَحنون والمشهور عنه مع نقل التونسي فإن فات فلكل قيمة سلعته ما بلغت، ولفظ نقل ابن محرز مع ظاهر نقل اللخمي عن ابن القاسم والتونسي عن كتاب محمد إن فات فالمسمى بينهما على قيمتي سلعتيهما، وابن لبابة قائلًا: أحسبهم يجيزونه إذا سمى كل منهما ثمن سلعته كإجازتها نكاح امرأتين في عقد واحد إذا سمى مهر كل منهما وكذلك لو كانتا شركة(بينهما بالسوية ولو اختلفت شركتهما فيهما لم يجز، وفي كتاب الشفعة جوازه.

قُلتُ: قوله: إن اختلفت شركتهما لم يجز مشكل لاقتضائه منع بيع أخ وأخت ثوبا ورثاه صفقة واحدة.

ابن عبد السلام: إذا كان دخولهما على التسمية بعد تقويم فحسن ودونه لا يفيد؛ لأن المذهب في تسمية المتبايعين سلعًا لكل سلعة ثمنها لغو في الاستحقاق.

قُلتُ: قد يفرق بتعدد المالك واتحاده، وفيها لابن القاسم: لا يعجبني؛ لأن كلا منهما لا يدري ثمن سلعته ولا يدري المبتاع بما يتبع البائع إن استحقت إحداهما.

اللخمي: تعليله بالجهل في الاستحقاق ضعيف؛ لأنه طار، ويلزم مثله إن كان لمالك واحد.

قُلتُ: هذا بناء على أن كلا منهما علة مستقلة ولعلها مجموعهما، قال: وتعليله بجهل كل منهما ثمنه حسن واستحقه إن نزل؛ لأن الغالب في التجار علمهم القيم إن كان اختلافًا يسيرًا لا يؤدي لغرر، ولو كان المبيع لا تتقارب معرفة البائعين في قيمته كدارين أو دار وعبد أو ثوب وعبد فسد بيعهما، التونسي عن العُتْبِيّ عن أشهب: إن ابتاع رجلان عبدًا وثوبًا على أن لأحدهما العبد وللآخر الثوب، مضى البيع وكانا بينهما، التونسي: يجب على قوله أن يكون لكل منهما ما سمى.

قُلتُ: هي في العتبيَّة في ثوب مروي وثوب خز.

ابن رُشْد، البيع في الثوبين جائز، اتفاقًا؛ لأن الفساد فيه إنما هو من جهة أحد

المتبايعين إذ لم يبع البائع على ما تراضيا عليه كجمع رجلين سلعتيهما في بيع، والمبتاع يجهل ذلك ويظن شركتهما، البيع جائز اتفاقًا.

قُلتُ: انظر هذا مع شهرة الخلاف في إيجاب علم أحد المتبايعين بموجب الفساد الفساد، ونقل ابن محرز أن الأظهر إيجابه إياه.

قال ابن رُشْد: وإذا تراضيا على أخذ كل منهما ثوبًا، سماه بما يقع عليه من الثمن، لم يجز إلا على القول بجواز جمع الرجلين سلعتيهما في البيع؛ لأن كل منهما اشترى من صاحبه نصف الثوب الذي عينه بنصف ما يقع عليه من الثمن، وهو لا يعرف إلا بعد التقويم كما لا يجوز شراء ثوب من ثياب ابتاعها رجل بما يقع عليه من ثمنها، إلا على القول بجواز جمع الرجلين سلعتيهما في البيع والمذهب جوازه.

قُلتُ: يرد تخريجه جواز شراء ثوب من ثياب ابتاعها رجل بما يقع عليها من ثمنها على جواز جمع السلعتين في البيع، فإن جهل الثمن في جمع السلعتين إنما هو من جهة المبتاع فقط دون البائع، وجهله في المخرج عليه حاصل للبائع والمبتاع معًا.

قال ابن رُشْد: وإنما أبطل أشهب ما وقع بينهما من المراوضة من أجل عقدهما إياها قبل الشراء، فدخله بيع ما ليس عندك.

المازري: ما قاله التونسي لا يناقض به. أشهب: لأنه يمكن أنه لم يعترض لعقد البيع؛ بل للشركة فرأى أن مقتضى العقد شركتهما في العبد والثوب، فالتزامهما الانفصال فيهما باطل؛ لأنه قبل ملكها.

زاد العُتْبِيّ في مسألة أشهب عن ابن كنانة لو ابتاع رجلان أرضًا بين حائطيهما على أن يقسماها ويأخذ كل واحد ما يليه لم يجز؛ لأن مرة يكون لأحدهما ثلثها، ومرة ثلثاها، ومرة ربعها.

ابن رُشْد: هذه تجري على الخلاف في جمع الرجلين سلعتيهما في البيع؛ لأنهما دخلا على أن يأخذ كل منهما نصف الأرض الذي يليه بما يصيبه من ثمنها ولا يعلم ذلك إلا بعد التقويم لاختلاف الأرض، ولو كانت مستوية جاز؛ لأن كل نصف منهما بنصف الثمن، وقول ابن الحاجب عقب ذكره القولين في مسألة جمع السلعتين في البيع بخلاف سلعة وخمر على الأصح، وعلى الصحة يقسط فيهما إن أراد به مع جهل حرمة المحرم لم

يكن من مسائل جهل الثمن من وجه؛ لأن الاطلاع على الحرام كاستحقاقه وإن أراد مع علمه، وهو ظاهر قوله: (وخمر) اقتضى وجود القول بصحة الحلال مع العلم بحرمة ما معه، وعدم اختصاص الحلال بمنابه لا تسمية ولاقبضًا ولا أعرفه لغير ظاهر نقل ابن القُصَّار.

[باب في عقد البيع على حرام وحلال]

وفي فساد العقد بجمعه حلالًا وحرامًا مطلقًا، أو إن علم حرمة الحرام وصحة حلاله مطلقًا، رابعها إن كان نصفًا وخامسها إن سمي لكل منهما ثمنًا.

اللخمي عن سَحنون مع ظاهر بعض مسائلها ونص عيوبها في مبتاع شاتين بأن إحداهما ميتة، ونقل ابن القُصَّار واللخمي وتخريجه على قول القاضي في التسمية لكل دينار في الصرف قدرًا، وقول ابن الحاجب: إن باع ملكه وملك غيره بغير إذنه فرد، وهو وجه الصفقة فللمشتري الخيار يريد يريد، والمشتري جاهل وإلا فسد، وبطل الخيار للفساد، ودخوله على التبعيض إن كان الغير قريبًا، وما نقله يقتضي أنه المذهب، وليس كذلك؛ بل قول ابن حبيب وأشهب عند بعضهم والمشهور: فسخ البيع، إلا أن يقيد بكون المبيع مكيلًا أو موزونًا، متماثلًا، وامتناع حمله على كون ملك الغير مشاعًا واضح لشرطه وجه الصفقة، وتمامه في الاستحقاق إن شاء الله تعالى.

[باب في الاستثناء من المبيع]

وفي منع استثناء بائع شاة أرطالًا من لحمها، وجواز يسيرها روايتا ابن وَهْب فيها أولًا وابن القاسم ثانيًا، وعليه في حده بأربعة أو ستة أو بما دون الثلث.

رابعها الثلث لنقل المازري وعزا الباجي عن محمد لابن القاسم الستة ولأشهب الثلث.

وفيها: (مثل أربعة أرطال) واستحسن بعض المتأخرين اعتبار صغر قدر المبيع وكبره كالشاة والبقرة والبعير، واعتذر المازري عن موافقة ابن القاسم، أشهب: على جواز استثناء بائع صبرة كيلا منها، ببيع ثلثها، بخلاف الشاة، فإن لحمها مغيب وطعام

الصبرة مرئي.

[باب في جبر مشتري الشاة المستثنى منها على ذبحها]

وفي جبر مبتاعها على الذبح قول المازري المعروف جبره وروى مطرف: من ابتاع جزورًا مريضًا استثنى بائعه من لحمه أرطالًا يسيرة فتركه حتى صح لا يجبر على ذبحه، ويعطيه مثل اللحم الذي استثنى، واعتذر المازري بأن صحته كفوته قال: وقال ابن الماجِشُون في ثلاثة اشتروا شاة فقال أحدهم: تذبح، والآخر نستحييها، والآخر نتقاوم، إن اشتروها للأكل، فالقول قول مريد الذبح، وإلا فقول مريد البيع.

الصقلي عن محمد عن أشهب: ليس لمبتاعها استحياؤها ويعطي البائع قدر لحمه.

محمد: لأنه بيع لحم بحي، ومقابل الأصح في قول ابن الحاجب لا يأخذ منه لحمًا على الأصح، لا أعرفه، وتقريره ابن عبد السلام برواية مُطَرِّف لا يتم لأنها في المريض لا مطلقًا، وصحته كفوته.

وفيها: يجوز استثناؤه حزءًا منها ولو نصفها عيسى: اشتراها على الذبح أو الحياة.

الصقلي: عن بعض القرويين: لا يجبر على الذبح آبيه.

الصقلي: هذا الصواب، لاتوقف بعض الشُيُوخ فيه. ونقل ابن الحاجب: الجبر على الذبح بدل الوقف، وقبوله ابن عبد السلام لا أعرفه.

وفيها: لا يجوز استثناء فخذها أو بطنها أو كبدها؛ لأنه بيع لحم مغيب.

اللخمي: هذا على منع استثناء يسير الأرطال، وعلى القول الآخر يجوز ذلك، وتبعه المازري، ونقله عياض ولم يتعقبه، ويرد بأن الغرر في مغيب معين أشد منه في شائع بجواز اختصاص المعين بصفة نقص أو كمال دون الشائع، ولكن في الكافي رواية بجوازه، وعبر عن رواية المنع بالكراهة.

وفي جواز استثناء الجلد: (ثالثها في السفر لا الحضر، ورابعها يكره فيه، ولا يفسخ، وخامسها الوقف في السفر إن كانت له قيمة).

المازري عن ابن وَهْب ورواية الأبهري والرواية المشهورة، والصقلي عن رواية ابن حبيب وعن الأبهري ولم يحك اللخمي والباجي غير الثلاثة، الأول قال ابن حبيب:

حمل المحققون الخلاف في السفر على حالتي قيمته فيه، ونفيها المازري قول ابن حبيب يجوز فيه، وإن كانت له فيه قيمة؛ لأنه معين خلافه وفي عدم جبر المشتري على الذبح قولها وقول المازري: التحقيق جبره، ولم يحك الصقلي واللخمي غير الأول، ونقل ابن الحاجب وابن عبد السلام الثاني نصًّا لا أعرفه لغير اختياري المازري، وفي استثنائه الرأس مطلقًا أو في السفر فقط: قولان للمازري عن ابن الماجِشُون مع نقل الصقلي وقولها: أجاز مالك استثناء الجلد والرأس في السفر إذ لا ثمن له، وكرهه في الحضر إذ كأنه ابتاع اللحم ونقل ابن الحاجب: منعه مطلقًا، وقبوله.

ابن عبد السلام: لا أعرفه إلا قول الكافي: أجازت طائفة استثناء ما شاء من أجزاء الشاة والبعير والبقرة، وسواقطها ولو في الحضر، وطائفة لم تجز شيئًا من ذلك، ولو في السفر وكل ذلك روي عن مالك. وعلى الجواز في جبره على الذبح نقل أبي حفص عن المذهب وظاهر نقل ابن رُشْد رواية أبي قرة، وهو نص رواية ابن وَهْب فيها في بعير برى.

المازري: روى المتقدمون في رجلين اشتريا شاة، أحدهما: رأسها، والآخر: بدنها، القول: قول مريد بقائها، فيكون بينهما ثمنها على قيمتي رأسها وبدنها، وأورد مناقضتها، بمنع جمع الرجلين سلعتيهما في البيع لتأدية شرائهما، هذا لفض ثمنها إذا باعها على قيمتي رأسها وجسدها، وأجاب بلزومه في جمع الرجلين سلعتيهما وعدمه في الشاة، لجواز بقائها بينهما كذلك دون بيع. قال: وروى مطرف: لمن اشترى جزورًا مريضًا استثنى بائعه رأسه، ثم صح البعير، استحياؤه، ويغرم عوض رأسه كعوض الجلد المستثنى، ولو ابتاعه صحيحًا وأبقاه المشتري لزيادة ثمنه، فزاد كان بائعه شريكًا بقيمة الرأس فجعله في الصحيح شريكًا دون المريض قال: لأن صحته بعد مرضه توجب فوته فوجب غرم عوضه، والصحيح لا فوت فيه فكان ربه به شريكًا.

الباجي: في استثناء الأكارع حيث لا قيمة لها كالسفر روايتان قال: وأجازه ابن حبيب مطلقًا، قال: لأنها والرأس جزء معين ظاهر.

[باب في أجرة الذبح]

وأجر الذبح؟ قال الصقلي: أراه بينهما على قدر قيمة اللحم وقيمة الجلد وحكاه ابن محرز غير معزو وزاد، وقيل: لا شيء عليه وهو الصواب؛ لأن المبتاع غير مجبور على الذبح بخلاف استثناء الأرطال؛ لأنه مجبور عليه. المازري إن قلنا المستثنى مبقي فعلى البائع السلخ، ليتمكن المبتاع من أخذ المبيع كبائع عمود عليه بناء، وجفن سيف عليه حلية، وإن قلنا مشتري فيختلف على من تكون إزالة الجلد؟ كبائع صوف على ظهر غنم أو ثمر في شجر، وأشار بعضهم أن الأجرة بينهما بقدر قيمة الجلد وقيمة الشاة، وقد اختلف المذهب في الأجر على عمل واحد في مال بين الشركاء على التفاوت، هل الأجر عليهم بالسوية أو بقدر الأموال؟ وفيها: إن استحيى مشتري البعير المستثنى جلده فعليه شراء جلده أو قيمته.

ابن رُشْد: هذا استحسان، والقياس شركتهما بقيمة الجلد والبعير دونه وفي كون الخيار في أحدهما لبائعه أو مبتاعه، ثالثها بينهما شركة للحاكم لنقل ابن محرز وصوب الثاني.

قُلتُ: هو ظاهرها وقول ابن الحاجب: عليه القيمة لا المثل على الأصح لا أعرفه إلا قول: المازري الأصل في إتلاف العروض القيمة. ووقع القضاء فيها بالمثل فيما لا قدر له، ولو مات ماستثنى جلده، حيث يجوز، ففي ضمان المبتاع الجلد سماعا أَصْبَغ وعيسى ابن القاسم.

ابن دحون: معنى الأول إن فرط بتأخير الذبح، ومعنى الثاني إن لم يفرط في الذبح فلا اختلاف قال: وقيل علة الأول أن الجلد في السفر لا قيمة له، فكأنه اشترى الكل.

ابن رُشْد: إلى اعتبار التفريط نحى ابن حبيب ورواه أبو قرة، قال: من باع شاة واستثنى رأسها فماتت إن تركها بإذن البائع لم يضمنه وإلا ضمنه، وإن صحت فأبى ذبحها فعليه قيمة رأسها، وإن استحياها بإذنه فهو شريك فيها وكله استحسان، والقياس خلافه؛ لأنه إن كان على المبتاع في الجلد، حق توفية ضمنه مطلقًا، وإلا فلا، وتعليل الأول بما ذكر متناقض ينتج العكس.

والصواب، حمل السماعين على الخلاف وهما على أن المستثنى مشتري أو مبقي.

قُلتُ: لا يتم إجراء الأول على الأول إلا بزيادة أن السلخ على المشتري كتوفية، وإلا فضمان الجزاء بالعقد قال: وليس معنى ضمان الجلد غرم قيمته أو مثله؛ بل غرم جزء من قيمة الشاة، سيما للخارج من تسمية قيمة الجلد منها مع ثمن الشاة، ولو استثناه حيث لا يجوز بالحضر، فهلكت الشاة بعد قبضها مبتاعها بأمر من الله تعالى ففي ضمانه قيمتها بجلدها أو دونه على تقدير جواز بيعها دونه.

نقل ابن رُشْد عن ظاهر سماع عيسى رواية ابن القاسم مع قوله في رواية عيسى وأَصْبَغ وقول سَحنون والتخريج على أن المستثنى مشترى وقول غيرهم على أنه مبقى. الصقلي عن بعض القرويين: لايضمن المبتاع منه يسير لحم إن مات قبل ذبحها اتفاقًا لأنه يجبر على الذبح، بخلاف مبتاع ما استثنى جلده، وفي تضمين الصناع منها: من وهب لرجل لحم شاة ولآخر جلدها فغفل عنها حتى ولدت فولدها لذي اللحم وعليه مثل الجلد أو قيمته لصاحبه، ولا شيء له من قيمة جلد الولد ولا مثله، ولذي اللحم استحياؤها، ويغرم لذي الجلد مثله أو قيمته، ولو هلكت الشاة، لم يكن له في الولد شيء. وفي جواز بيع الصبرة جزافًا واستثناء كيل منها ثلث فأقل ومنعه معروف المذهب، ونقل المتيطي عن القاضي رواية عبد الملك مع قوله ابن رُشْد: ولا يجوز أكثر من الثلث اتفاقًا. وسمع عيسى ابن القاسم لا بأس ببيع باقي صبرة بعد خمسة أوسق باعها ربها قبل كيله الخمسة منها إن كانت ثلثًا فأقل.

ابن رُشْد: اتفاقًا.

قُلتُ: هذا خلاف نقل المتيطي وعلى المعروف فلو هلكت.

وفي الموَّازية: لا شيء على المبتاع، ولو هلك ما زاد على قدر المستثنى، ففي كون الباقي للمستثنى أو بينهما قول الموَّازيَّة وقول الصقلي ولو قيل بينهما كان صوابًا.

قُلتُ: لازم الأول غرم المبتاع في هلاك كلها جزءًا من قيمتها سيما للخارج من تسمية قيمة المستثنى منها، مع الثمن المسمى كبائع صبرة طعام بمائة دينار، وقنطار كتان فاستحق، والروايات جواز بيع ثمر الحائط واستثناء ثلث ثمرته كيلًا من صنف إن كان المستثنى ثلثه، فإن كان أكثر منه، وهو ثلث ثمر الحائط، ففي منعه مطلقًا، وجوازه إن

كان في الصنف فضل بين بعد المستثنى، ثالثها يكره لأَصْبَغ مع سَحنون وسماعه ابن القاسم وسماع القرينين وسماع ابن القاسم.

الصقلي عن محمد: لمن باع كل ثمر حائطه جزافًا أو صبرة طعام شراء ثلث ما باع فأقل كيلًا قبل قبض ثمنه بقدر معلوم منه، وغير حائطه كحائطه إن كان ثمرها صنفًا واحدًا.

أصبغ: اشترى ذلك بسرًا أو رطبًا أو تمرًا.

محمد: وبعد قبضه منه وتفرقهما، جائز مطلقًا كأجنبي، إلا أن يكون من أهل العينة.

وسمع أَصْبَغ ابن القاسم: من باع حديدًا أو طعامًا جزافًا بنقد ولم ينتقد، فله شراء ثلثه فأقل مقاصة، وإن انتقد وتفرقا فلا بأس به على حال إلا أن يكون بائعه عينيًا فلا يعجبني.

ابن رُشْد: قوله: له أن يشتري ثلثه فأقل إن كان لم ينتقد مقاصة، والمعروف من قولهم الآتي على أصولهم جوازه نقدًا ومقاصة إن لم يكونا من أهل العينة؛ لأن بيع النقد لا يتهم فيه إلا عيني، فإن كانا من أهل العينة، لم يجز شراؤه إلا مقاصة.

وقوله: يتهم فيه بعد النقد والتفرق أهل العينة: الصواب أن تفرقهم بعد التناقد يرفع تهمتهم، وعلى قوله لا ترتفع تهمتهم إلا بعد التفرق والطول كقولها فيمن باع دراهم من رجل بدنانير، ثم أراد أن يشتري بها منه دنانير، وهو في هذه المسألة بعيد.

[باب في بيع حائط من عنب واستثناء سلل منه]

وسمع ابن القاسم: من باع حائطه واستثنى منه سللًا أقل من الثلث فنفد الكرم قبل استيفائه سلله، يتراضيان على ما بقي له، وله أخذه من غير كرمه.

ابن القاسم: لا يأخذ إلا قدرها ومثلها عاجلًا.

ابن رُشْد: هذا على أن المستثنى مبقيً، وعلى أن نفاد العنب ببيع المبتاع فصار متعديًا على البائع فيما استثناه، فوجب تخيير البائع في أخذ ثمنه أو مثله عاجلًا، وإلا كان

فسخًا لما وجب له من الثمن في مؤخر، ولو نفد المستثنى بغير بيع فأكل أو أعطى تعين غرم مثله، وجاز تأخيره إلا أن ينقضي الإبان، فلا يجوز تأخيره به إلى قابل؛ لوجوب القيمة بخروج الإبان، فيصير فسخ دين في دين، وقوله: يتراضيان، يريد على ما يجوز من دنانير أو دراهم بعد معرفة ما يجب له من الثمن أو عروض أو طعام من غير صنف العنب معجلًا، ولا يجوز على عنب أرفع أو أدنى، إلا مثل السلال نقدًا، وأما على أن المستثنى مشترى فيرجع البائع على المبتاع بقدر ما استثنى من قيمة الكرم كعرض من الثمن استحق.

ويجوز أخذه نقدًا ما تراضيا عليه من قليل السلال وكثيرها، وجميع الطعام والعروض ودراهم من دنانير.

وروى الحارث عن ابن القاسم منع أخذ سلال من غير كرمه، ولا وجه لمنع أخذ مثلها نقدًا، فلعل معنى منعه: إن تأخر، والمذهب جواز استثناء مبتاع عبد ماله في العقد، ولو كان هو وثمنه عينين.

واختار اللخمي منعه إن كانا عينين.

وعلى المعروف قال عبد الحق: لو كان في ماله جارية حاملة منه، واستثناه مبتاعه تبعته، وبقي ولدها لبائعه، ويصح بيعه كما لو كان ماله آبقًا أو شاردًا.

محمد: أظنها لأبي زيد عن ابن القاسم، وأنا أتوقف فيها.

[باب في بيع العبد وله مال]

وسمع أصبغ ابن القاسم: لو قال: أبيعك عبدي هذا وله مائة دينار أوفيكها، لم يحل.

ابن رُشْد: إن سمى عينا مال العبد لم يجز اشتراطه في الصفقة كذا كنت أقول، وأقول الآن: جائز أن يستثنيه ولو كان عينًا وسماه والثمن عين، ولو كان لأجل؛ لأنه للعبد لا لمبتاعه، وهو بين من قوله في الموطأ: الأمر المجتمع عليه عندنا أن للمبتاع اشتراط مال العبد دينًا أو عرضًا؛ لأن ماله لا زكاة فيه على سيده، والعبد يستحل فرج جاريته بملكه إياها، وإن عتق تبعه ماله.

ابن زرقون: حكى ابن القُصَّار أن أهل العراق لا يجيزون للعبد أن يطأ جاريته وتقدم نحوه من كلام أبي عمر.

قُلتُ: هو قول أبي عمر من يقول العبد لا يملك لا يجيز له التسري بحال.

ابن رُشْد: لو اشترى مشتري العبد ماله لنفسه لم يجز إلا بما يجوز بيعه به، وقوله في الرواية: لم يحل؛ لأن قوله: أوفيكها، ظاهر في أنه استثناها لنفسه، ولو قال: أوفيكها مالًا له، أو أوفيها إياه جاز.

ولو قال: أشتري منك العبد وماله، لم يجز إلا بما يجوز بيعه به.

ولو قال: أشتريه بماله أو أشتريه وأستثني عليك ماله، جاز مطلقًا.

[باب في شراء مال العبد بعد شرائه]

وفي جواز شراء مال العبد بعد شرائه كشرائه معه، ثالثها بالقرب لابن رُشْد عن عيسى عن ابن القاسم، ورواية أشهب، وأَصْبَغ عن ابن القاسم مع عيسى، قال: ورجعت عن جعل الثالث مفسرًا للأولين، وأن الخلاف في القرب لا البعد إلى كون الأقوال ثلاثةً.

في كتاب العيوب: سمع القرينان: لا والله لا يجوز لمشتري حائط أبر ثمنه اشتراء ثمرته بعده كاستثنائها مع أصلها قبل بدو صلاحها.

ابن رُشْد: في جوازه، ثالثها بالقرب لسماع عيسى ابن القاسم مع قولها في الجوائح، وسماع القرينين وأَصْبَغ عن أبي القاسم مع عيسى فحملها بعض الناس على ظاهرها، والذي أقوله أن الثالث مفسر للأولين، وأن الخلاف في القرب لا البعد؛ لأن الأمر إذا طال فليس الذي اشتراه هو الذي كان له أن يستثنيه، وأجاز أشهب في قول شراء ثمر النخل، ولم يجز شراء مال العبد، وجواز الثمر أبين من مال العبد، لضمان المشتري الثمرة بالعقد؛ لأنها في أصوله، وعلة منع بيع الثمر قبل بدو صلاحه كون ضمانه من بائعه لأنها في أصوله وعزا هذا في كلامه في سماع عيسى للتونسي، وقال: وعندي لا فرق بينهما؛ لأن مال العبد إنما يشتريه له ليكون للعبد كما كان، وإنما جاز لكونه حقا بالعبد في بيعه لأنه لو اشتراه لنفسه أو بعد بيع العبد لم يجز كما لم يجز شراء الثمرة بعد بيع

الأصل، قال يحيي: وحد القرب في ذلك عشرون يومًا ونحوها.

قُلتُ: عزا الباجي الثاني في مال العبد أيضًا لابن وَهْب، وابن عبد الحَكم قائلًا: ولا يجيزانه في الثمرة، والثالث لأَصْبَغ وأبي زيد عن ابن القاسم، بلفظ: إن كان ذلك بحضرة البيع وقربه، وإلا لم يجبر، قال: والقرب في المبسوط أن لا يدخل المال زيادة ولا نقص.

قُلتُ: ظاهر قوله: بالحضرة خلافه، وخلاف نقل ابن رُشْد: عشرين يومًا، فالأقوال في حد القرب ثلاثة.

[باب في بيع العبد وثمر الحائط واستثناء نصف الثمرة أو مال العبد]

وفي جواز بيع العبد وثمر الحائط واستثناء نصف مال العبد أو الثمرة، رواية سَحنون عن أشهب، وسماعه ابن القاسم.

ابن رُشْد: هو قوله في المدَوَّنة وروايته، وعليه في فسخه مطلقًا أو ما لم يسلم البائع كل ماله نقلاه عن ابن القاسم قائلًا: للأول رجع، وذكر الباجي قول أشهب في الواضحة بلفظ: أجازه حين العقد وبعده.

ابن فتوح: لا يجوز اشتراط المبتاع نصف الزرع إن كان جميعه لبائعه، ويفسخ إن وقع.

وأجازه سَحنون، وفي نصف حلية السيف.

قبول ابن أبي زمنين، وعبد الحق والصقلي قول ابن حبيب أن: لا يجوز لبائع عبدين استثناء مال أحدهما فقط، كاستثناء نصف مال عبد، يرد بقول كل أهل المذهب: استحقاق أحدهما ليس كاستحقاق بعض عبد.

[باب في بيع أحد الشريكين حظه في عبد]

وفي جواز بيع أحد الشريكين في عبد له مال حظه من شريكه، ولم يستثن مبتاعه ماله مطلقًا.

ومع شرط البائع حظه منه لنفسه ومنعه فيهما، ثالثها: إن اشترطه، لابن زرقون عن تأويل أبي الوليد على مذهب ابن القاسم وعن المغيرة وسَحنون.

الباجي: إن اشترطه مبتاعه، فعلى قول ابن القاسم: يجوز اشتراط المبتاع بعض مال العبد يجوز، وعلى منعه أشهب محتملة، والجواز لعدم بقاء شيء منه لبائعه.

قُلتُ: كذا في المنتقى، وقبله ابن زرقون، والذي في العتبية، عكسه حسبما مر.

ابن رُشْد: بيعه من شريكه جائز اتفاقًا استثنى المبتاع ماله أم لا؛ لأنه إن لم يستثنه مقاسمه منها لماله.

الباجي: وإن باعه من غير شريكه واشترطه البائع أو أطلق فروى أشهب وعيسى عن ابن القاسم: لا يجوز لأنه انتزاع دون إذن شريكه، وإن اشترطه المبتاع فعلى جواز اشتراط المبتاع بعض ماله جائز. وعلى منعه روى عيسى عن مالك جوازه.

العتبي: سمع عيسى رواية ابن القاسم: إن لم يستثن المبتاع ماله فبيعه فاسد.

ابن رُشْد: وسمعه أشهب في كتاب الشركة.

وقيل: يفسخ إلا أن يرضى البائع بتسليم ماله لمبتاعه وهو دليل رسم العرية من سماع عيسى في العتق، ورسم كتب عليه من سماع ابن القاسم في استثناء نصف الثمرة.

الباجي: وبيع ما بعضه حر لا يجوز إلا بشرط بقائه بيد العبد.

قُلتُ: لا يخفى أخذ جواز بيع أرض ذات زرع أخضر لبائعها جزء معلوم منه فقط مع حظه منه مما تقدم، وهو نقل المتيطي عن المذهب، وقول ابن الحاجب.

وفي اشتراء البائع مال العبد المبيع بماله قولا ابن القاسم وأشهب يقتضي أن من باع عبدًا مع ماله، ثم أراد البائع أن يشتري ماله إن فيه القولين:

فإن أراد على وجه الرخصة ككونه عينًا، والثمن عرض، فمن نظر مستوفيًا، وأنصف عرف منعه اتفاقًا.

وإن أراد لا على وجه الرخصة ككونه عينًا والثمن عوض وعكسه، فجوازه اتفاقًا واضح. والأقرب أنه أراد وفي اشتراء المبتاع مال العبد المبيع دون ماله، ووقع في كتبه سهو؛ لأن المسألة على هذا الوجه مشهورة، مشهور فيها قولا الإمامين، فلو صح

مقتضى لفظه عنده مع مخالفته أصل المذهب لما اقتصر على ذكره دون ذكر المسألة المشهورة، واقتصاره عليه بعيد لا يليق بإمام فعله فوجب حمله على ما ذكرناه، والله أعلم بالصواب.

[باب في بيع الجزاف]

وبيع الجزاف: بيع ما يمكن علم قدره دونه[1]، فالأصل منعه، وخفف فيما شق علمه أو قل جهله، روى محمد: منعه في كبير الحيتان.

زاد العُتْبِيّ في سماع ابن القاسم أحمالًا أو صبرًا، وسمعه يحيى.

وفي كبير الخشب المجموع بعضه على بعض؛ لأنه غرر تخف مؤنة عده، كالبقر، والغنم، وشبه ذلك. وفي صغير الحيتان في أوعية، كجملة من قلال صيرووي.

محمد: وفي الثياب والحيوان وسائر العروض التي لا تكال ولا توزن.

التلقين: وفي الجواهر المازري: ولم يفصل بين كبيره وصغيره، والصواب: إن تساوت آحاده وقصد مبلغه لا حال كل واحدة في نفسها، جاز بيعه جزافًا وإلا منع.

ابن حبيب: وفي حي الطير في الأقفاص.

ابن رُشْد: اتفاقًا.

وفيها مع رواية محمد: وفي الدنانير والدراهم والفلوس، والمذهب مع رواية محمد: جوازه فيما يكال أو يوزن غير الدنانير.

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (بيع) هذا جنس يدخل فيه سائر البيوع قوله: (ما يمكن علم قدره) أخرج به ما لا يمكن علم قدره قوله: (دونه) يعني دون العلم بقدره أخرج بذلك ما علم قدره من المبيع، فإنه لا يصدق عليه بيع ما يمكن علم قدره فما كان ممكنًا صار فيه فعلا؛ لأن ما أمكن علمه صار معلوما.
(فإن قلت): كثير الحيتان وغير ذلك مما لا مشقة في علمه بالعد يصدق فيه الحد مع أنه لا يكون فيه الجزاف.
(قُلتُ): لعله عرف الصحيح والفاسد فيقال فيه جزاف فاسد ولا يقال أنه لا يسمى جزافًا ويدل على ما قلناه كلام المازري وغيره في الجواهر الكبيرة والصغيرة وغير ذلك وكذلك حتى الطير في الأقفاص.
انظر: كلام ابن رُشْد وكلام غيره في ذلك، وانظر: ما نقله ابن رُشْد في حمام البروج وما في ذلك كله.

وثالثها: وفيها كثر من معدود يشق عده كالجوز والبيض والرمان والفرسك والقثاء والتين والموز والأترج والبطيخ وصغار الحيتان، وذلك فيها كثر وشق عدده لا فيها إذا نظره الناظر أحاط بعده.

ابن حبيب: وفيها كثر من الطير المذبوح لا فيها قل.

قُلتُ: هذا وما للمازري خلاف نقل ابن رُشْد عن المذهب جواز الجزاف في يسير ذلك. قال: لأنه يراه ويحيط به، إلا أن يحمل قوله على اليسير جدًّا وما تقدم على ما فوقه.

ونحو نقل ابن رُشْد نقل اللخمي عن ابن القاسم جوازه في الطير المذبوح لا بقيد.

ونقل ابن بشير عن المذهب جوازه في المعدودات إن قل ثمنها.

ابن حارث: يجوز في الطعام ولو قل وحضر مكياله.

المازري: في المعدود اضطراب روايات في الموطأ لا يجوز جزاف فيها يعد عدًّا.

فإن حمل على إطلاقه فرق بينه وبين المكيل والموزون بتعذر آلتهما بعض الأوقات.

وقيده حذاق المتأخرين بالمعدود المقصود صفة آحاده كالرقيق والأنعام.

وما تساوت آحاده جاز جزاف كثيره لمشقة عده دون يسيره.

وفيها مع غيرها: وفي الذهب والفضة غير مسكوكين، وفي الدنانير والدراهم طرق: الصقلي وابن رُشْد نقل قولها، والموَّازية: المنع فيها، وفي الفلوس.

ابن حارث: في منعه، وإجازته في الدنانير والدراهم قولا مالك فيها وابن عبد الحكم .

اللخمي: إن تعومل بها عددًا لم يجز، وإلا ففي منعه فيهما وكراهته قول ابن القُصَّار: كرهه مالك.

وقول ابن عبد الحكم : لم يفسخ بيعها جزافًا أحد من أصحابنا، وهو الصحيح كالتبر والنقار إن لم تكن عادة في بيع ذلك جزافًا لم يجز، وإن كانت حتى لا يخطئ حزرهم عن وزنه إلا يسيرًا جاز، وإن تفاوت لم يجز ولا في تبر.

وأجاز محمد بيع الحلي المحشو جزافًا ما لم يعلم البائع وزنه، يريد: إن دل دليل على ما فيه كقطع طرف منه يدل على كثافته أو رقته.

قُلتُ: نص قوله أولا: المنع والكراهة، وحاصل نقله الكراهة فقط، أو الكراهة والجواز، وما ذكره في المحشو، وقيده به، ذكره المازري غير معزو كأنه المذهب.

الباجي: اختلف أصحابنا في منعه في الدنانير والدراهم، فقال محمد بن مسلمة: كل معدود ذي قيمة كثيرة، لا يجوز فيه جزاف، كالحيوان والثياب، إنما يجوز فيما لا قدر له كالقثاء والجوز وينتقض قوله: بصبر الحنطة والتبر والحلي والمسك والدراهم فإنها موزنة لا معدودة.

قُلتُ: يرد نقضه بالحنطة وما بعدها، بأن قوله إنما هو في المعدود.

قال: وحمل ابن القُصَّار وغيره منعه في الدنانير والدراهم على الكراهة.

وحمله القاضي والأبهري على التحريم حيث تجري عددًا؛ لأنه يرغب في الخفاف؛ لأنها في الوزن أكثر عددًا، ففي جزافها الغرر من وجهين: مبلغ العدد، ومبلغ الوزن، وغرر جزاف المكيل أو الموزون من مبلغ الكيل أو الوزن فقط. وقولهما يقتضي جواز جزافهما حيث لا يجريان الا وزنًا والمسألة جارية على تعينهما فيجوز جزافهما وعدمه، فيمتنع لتعلقهما بالذمة القولان في تعيينهما لابن القاسم في الرواحل، وفي السلم الثاني: مع أشهب في الرواحل.

ابن بشير عن جل أهل المذهب: إن تعومل بهما وزنًا، جاز فيهما وإلا لم يجز، وحكى ابن القُصَّار الكراهة، وانفرد الباجي بقوله: إن تعومل بها عددًا لم يجز اتفاقًا، وإلا فقولان.

اللخمي: لا تباع الثياب على غير قيس إلا أن يكون قيسها معلومًا، وما جرت العادة ببيعه جزافًا دون قيس، ولا وزن كالدور لا يجوز بيعها على القيس؛ لأنه غرر، إن كثرت الأذرع تضرر مبتاعها، وفي العكس بائعها.

قُلتُ: هذا قبل علم ما فيها، وبعده جائز، ويأتي لابن رُشْد ما ظاهره جواز بيعها مذارعة بعد رؤيتها، فيحمل قول اللخمي على ما تقررت العادة فيه ببيعه جزافًا على المشاهدة، وفيها وغيرها: شرط كونه مرئيًا، في التلقين والجلاب: يجوز في المكيل في الغرائر وصبًّا على الأرض ابن شاس: إن اشترى صبرة تحتها دكة تمنع القدر، إن تبايعا على ذلك لم يصح البيع للغرر، وإن اشترى فظهرت فله الخيار.

قُلتُ: والحفرة كذلك، والخيار هنا للبائع.

محمد: بيع ملء غرارة قبل ملئها لا يجوز.

الصقلي: كمن أسلم في طعام بمكيال عنده، وأجازه أشهب إن نزل.

محمد: شراؤها مملوءة جائز، فلو قال: فرغها واملأها لم يجز.

ابن حبيب: وكذا قارورة مملوءة أو بعد تفريغها، وفي العتبية: جوازه في سلة وبعد تفريغها.

الصقلي: وكذا عندي في القارورة ولو قاله قائل: في الغرارة ما أبعد، والقارورة أبين.

قُلتُ: في سماع مسألة السلال ما يمنع قياس القارورة عليها، وهو سماع أبي زيد ابن القاسم شراء سلة مملوءة ومثلها مرة أخرى بدرهم، خفيف لجواز السلم في السلال ولا خير في مثل ذلك في غرارة قمح؛ لأنه لا يجوز أن يسلم فيها، وذكر المازري أن بعضهم فرق بين الغرارة والسلة بأن القمح مكيل، فملء الغرارة منه بيع بمكيل مجهول، والعنب غير مكيل فلم يكن ملء السلة منه كذلك.

[باب في الشراء بمكيال مجهول]

وسمع عيسى ابن القاسم: من اشترى مكيلًا مملوءًا طعامًا بدينار، ففرغه وقال: املأه ثانية بدينار بموضع فيه مكاييل، لم أحبه، كصبرة اشتراها بدينار لا بأس به، فلو قال: أعطني كيلها بدينار فلا خير فيه.

ابن رُشْد: لأن شراء ما وجده بحاله الغرر فيه غير مقصود وجزاف ما لم يجده بحالة جزافه الغرر فيه مقصود لتركه شراءه بمكيال معلوم، ولو قال: صبر من طعامك صبرة أشتريها منك جزافًا انبغى أن لا يجوز، لقصد الغرر. محمد عن ابن القاسم: لا بأس ببيع ما في البرج من حمام أو بيعه بحمامه جزافًا، وسمعه أصبغ: وقال: إذ عاينه وأحاط به نظرًا ومعرفة، رب كبير قليل العمارة،وصغير كبيرها.

ابن رُشْد: لابن نافع في المدنية: لا يجوز جزافًا؛ بل عددًا، فقيل: هو كقول ابن حبيب في منع بيع طير أقفاص جزافًا، وقول ابن القاسم في البرج خلاف قول ابن

حبيب، وليس عندي بخلاف، إذ لا مشقة في عد طير الأقفاص، ونحل الأجباح جائز فيهما اتفاقًا.

قُلتُ: شرطه رؤيته مع قبول غير واحد قول مالك فيها، وكذلك حوائط التمر الغائبة يباع تمرها كيلًا أو جزافًا، وهي على مسيرة خمسة أيام لايجوز النقد فيها بشرط، وإن بعدت جدًا، كإفريقيَّة من مصر لم يجز شراء ثمرها فقط؛ لأنها تجد قبل الوصول، إليها إلا أن يكون ثمرًا يابسًا، متناف، لاقتضائه جواز بيعها غائبة جزافًا.

[باب في الصفة تقوم مقام العيان في الحرز]

وفي كون الصفة تقوم مقام العيان في الحزر نظر، والمذهب: نص محمد وابن حبيب.

[باب في شرط الجزاف]

شرطه: جهل العاقدين قدر كيل المبيع أو وزنه أو عدده.

ابن حبيب: إلا فيما يختلف قدره لا يضر علم عدده، كالقثاء والبطيخ والأترج.

المازري: لا يصح ما في كتاب ابن حبيب من جواز الجزاف في الأترج والبطيخ، وإن اختلفت آحاده بالكبر والصغر، إلا أن يكون الثمن عند العاقدين لا يختلف باختلاف كبره وصغره.

قُلتُ: عدم اختلافه بذلك بعيد عادة.

ابن حبيب: من علم كيل طعامه ثم كال منه صدرًا لم يبع باقيه إن عرفه على التقدير، وإن جهله لكثر ة ما كال منه جاز. سَحنون: روى ابن وَهْب: لا يبيع الجوز جزافًا من علم عدده، ويبيع القثاء جزافًا من علم عددها.

ابن رُشْد: لأن الجوز يقرب بعضه من بعض. القاضي مع رواية محمد: لا يجوز شراء جزاف، ذكر بائعه علمه بقدره، ولو رضي مبتاعه على علم ولو بان ذلك بعد بيعه، فله رده وإمضاؤه المازري: انفرد الأبهري بجعله اطلاع المبتاع على علم البائع بقدر المبيع، موجبًا لفساد المبيع، لا عيبًا يوجب خياره، والمعروف من المذهب أن اطلاع

البائع على علم المبتاع بذلك يوجب خياره، وذكر بعضهم أن بعض أهل المذهب قال: لا خيار بذلك للبائع وهو غير مستقيم، وناقض ابن القُصَّار كونه عيبًا مع كونه ذكره في العقد مانعًا، ورده القاضي بأن العيب قد يكون ذكره في العقد، يوجب فسادًا؛ لأنه يوجب غررًا أوبيع ما لا يحل بيعه لوصفه، ونقل ابن عبد السلام عن بعضهم عن فضل عن سَحنون جواز بيع ما ذكر البائع في العقد علمه بقدر المبيع جزافًا، لا أعرفه لغير ابن زرقون.

المازري: قال بعضهم: لو كان المبيع يباع على مبلغين فباعه إياه على أحدهما وهو يعلم الآخر دون المبتاع لم يكن له خيار كبيعه دنانير تباع وزنًا وعددًا على الوزن وهو يعلم عددها.

المازري: وفيه نظر.

اللخمي: وشرط الجزاف كونه ممن اعتاد الحزرفيه؛ لأنه لا يخطئ إلا يسيرًا، ولو كان أحدهما غير معتاد له، لم يجز ولاعتياده في الصحابة كانوا يبثعون الخراص. وتبعه المازري.

ابن رُشْد: بيع جزاف مع مكيل صفقة، منعه مالك وأصحابه اتفاقًا مجملًا، وتفصيله:

أنه لا يجوز مما أصل بيعه كيلًا أو وزنًا مع مكيل منه، ولا مما أصل بيعه جزافًا كالأرضين والثياب ولا يجوز جزاف مما أصل بيعه جزاف مع مكيل منه، وفي بيعه جزافًا مع مكيل أصل بيعه كيلًا قول ابن زَرْب مع أخذه من قولها: يجوز السلم في ثياب وطعام صفقة واحدة وغيره من المتأخرين والصحيح الأول.

قُلتُ: لابن محرز مثل ابن زَرْب زاد: ومنع منه محمد في أحد موضعين.

ابن الهندي بفسخه جرى العمل.

المتيطي: ورواه أَصْبَغ عن ابن القاسم، قال أصبغ: أقوله استحسانًا واتباعًا، وقد أجازه أشهب.

قُلتُ: الذي وجدت في سماعه أَصْبَغ أنه لا يجوز دون لفظ الفسخ.

المتيطي: ولخوف الوقوع فيه قلنا في رسم بيع الأرض المبيعة مع دور أن تذريع

الأرض كان رغبة من المبتاع للبائع.

ابن رُشْد: وفي الجزاف مع العروض ثلاثة:

أشهب وأصبع: جائز، ولو كان الجزاف على الكيل.

ابن حبيب: لا يجوز ولو كان على غير الكيل.

ابن القاسم: الجواز إن كان على غير الكيل، والمنع إن كان عليه، وهو المشهور. وبيع الجزافين على الكيل إن اتفق الكيل والطعام جاز، وإن اختلفا لم يجز اتفاقًا فيهما، وإلا كصبرتي طعام واحد، إحداهما ثلاثة بدينار، والأخرى أربعة به أو صبرتي قمح وشعير كل منهما ثلاثة بدينار، ففي جوازه قولا أَصْبَغ مع أشهب وابن القاسم، ولا يجوز عنده بيع مبذر عشرة أمداد كل قفيز بكذا، إن اختلفت الأرض وإن نظر إلى جميعها، ولا إن اتفقت مع ثمرة أو دار أو عرض، ويجوز على قول أشهب وأصبغ.

اللخمي: لا بأس ببيع صبرتين جزافًا وإن اختلفتا في الجودة، وأجاز مالك في العتبية: بيع صبرة قمحٍ وصبرة عدس جزافًا، ولمحمد عن ابن القاسم: جواز بيع صبرتي قمح وتمر جزافًا، وإن اختلف الثمن، ويجوز بيع ثمر الحائطين جزافًا، وإن اختلفت ثمرهما بثمن واحد.

[باب في بيع ما تقدمت رؤيته]

ورؤية المبيع علم به:

ابن رُشْد عن مالك وأصحابه: ولو كان ذا صوان ورؤية بعض المثلي ككله وتقدم رؤيته لما لا يتغير فيه كافية.

المازري: اتفاقًا.

وفيها: منع بيعه برؤية لمدة يتغير فيها، وجوازه بصفة مؤتنفة.

الشَّيخ: في كتاب محمد: من رأى عبدًا منذ عشرين سنة ثم اشتراه على غير صفة جاز، ولا ينقد وهو بيع على الصفة التي كان رأى.

قُلتُ: ظاهر هذا خلاف أصل المذهب، ومفهوم قولها: بصفة مؤتنفة ولم يتعقبه الشَّيخ، ونقلها الصقلي مسقطًا قوله على غير صفة وفيها: جواز شراء الزرع الغائب

بتقدم رؤيته.

ابن رُشْد: وفي الصبرة كذلك قولا ابن حبيب وابن القاسم في المدنيَّة ولا وجه له.

قُلتُ: وجهه أنه يطلب في الصبرة زيادة على معرفة صفتها، معرفة قدرها بالحزر حين العقد، وللرؤية المقارنة له في ذلك أثر، ويلزم مثله في الزرع الغائب.

وفيها: ما وجد على ما وصف أو رئي لا خيار فيه، فلو قال مبتاعه: تغير عن حال رؤيتي وأكذبه البائع، ففي قبول قوله بيمينه أو قول مبتاعه قولا ابن القاسم وأشهب فيها فخرجهما المازري والتونسي على تبعيض الدعوى ونفيه.

اللخمي: إن قرب ما بين الرؤيتين بحيث لا يتغير في مثله قبل قول البائع وإن بعد بحيث لا يبقى على حاله قبل قول المشتري اتفاقًا فيهما وتسقط يمين البائع إن قطع بكذب المشتري كقوله في زيت أو قمح اشتراه بالأمس تغير الزيت واستاس القمح، وإن أشكل الأمر فالقولان.

قُلتُ: ظاهر لفظها أن اختلافهما في تغيره فيما بين رؤيته، والعقد، وهذا يمتنع تقسيمه لبعد لا يبقى المبيع فيه على حاله.

ونص اللخمي: أنه فيما بين الرؤيتين وفيه نظر؛ لأنه إنما يتصور على أن الضمان بنفس العقد من المبتاع.

[باب في بيع ذي ورم تقدمت رؤيته]

ومذهب ابن القاسم أنه من البائع، واحتجاجه فيها بقول مالك في رؤية ذي ورم قال مبتاعه: زاد وأكذبه بائعه أحروي؛ لأن حدوث ما ثبت سببه أقرب مما لم يثبت سببه.

عياض: في خلاف أشهب في ذي الورم ووفاقه طريقا الأكثر والأقل زاعمًا أن مبيع ذي الورم حاضر لا غائب، ورده عياض بدلالة ألفاظها على كونه برؤية تقدمت.

قُلتُ: نقل اللخمي والمازري خلاف أشهب في المبيع ذي الورم نصًا.

وقال اللخمي: إن كان اختلافهما بأثر رؤيته فالقول قول البائع، وإن طال بحيث يتغير فالقول قول المبتاع إلا أن يكون أخذ في النقص فالقول قول البائع.

[باب في شرط لزوم بيع الغائب]

والمذهب شرط لزوم بيع ما غاب وصفه بما يختلف الأغراض به[1]؛ لأنه المعتبر في السلم المقيس هذا عليه، وقاله الباجي.

وقول ابن الحاجب والتلقين: وصفه بما يختلف الثمن به قاصر؛ لأنه أعم من الأول.

وسمع القرينان: لا تباع دار غائبة بصفة إلا مذارعة، وقاله سَحنون.

ابن رُشْد: أي لا بد في صفتها من ذكر ذرعها وذرع كل بيت طولًا وعرضًا، ولا يريد قصر جواز بيعها على كل ذراع بكذا؛ بل لا يجوز هذا إلا فيما تقدمت رؤيته كالأرض والصبرة.

وبيع الغائب دون وصفه وتقدم رؤيته لا على خيار مبتاعه حرام، وعلى خياره عند رؤيته: المعروف، ونص غررها وظاهر سلمها الثالث: جوازه.

المازري: أنكره ابن القُصَّار، والقاضي، والأبهري، لجهله حين العقد،وظاهر سلمها الثالث: جوازه.

عياض: أنكره البغداديون.

قُلتُ: وإنكاره بعضهم، وزعمه أن ما فيها من بقايا أسئلة أسد محمد بن الحسن جهل سماع سَحنون أسئلتها من ابن القاسم وثبوت ذلك في غيرها، وقول ابن الحاجب فيها صريح في الجواز من غير صفة، وللمشتري خاصة الخيار، ظاهره: جوازه دون شرط خياره، ويلزم خياره: وليس كذلك.

الشَّيخ عن ابن حبيب: يجوز بيع الغائب على الصفة ما لم تتفاحش غيبته جدًا.

فنقله المازري كأنه المذهب غير معزو. ولم يحده بتعيين مسافة.

---

(1) قال الرَّصاع: يعني لا بد من ذكر أوصاف تختلف الأغراض فيها في المبيع وبيانها لا بد منه فيه قال: لأن بيع الغائب مقيس على السلم والمعتبر في السلم ذلك ويعني بذلك بيع الغائب على الصفة أجازه أهل المذهب قياسًا على السلم ثم اعترض على ابن الحاجب: وصاحب التلقين في قولهما وصفة ما يختلف الثمن به وذكر أنه قاصر؛ لأن شرطه أعم من الأول.

وقال ابن شاس: كإفريقيَّة من خراسان.

اللخمي: لا يجوز إن كان بحيث يتغير عما رآه به أو وصفه له، وكون الثمن ثوبًا أشد غررًا لو قفه تلك المدة ولا يدري هل يجد الغائب أم لا؟ وكونه عبدًا أو دابة أشد.

قُلتُ: ظاهرها مع الجلاب والتلقين: الإطلاق، وهو ظاهر في الأرض البيضاء.

وفيها: إن بعدت الحوائط كإفريقيَّة من مصر لم يجز بيع ثمرها لجدها قبل الوصول إلا أن يكون تمرًا يابسًا فيجوز.

و بيع رقابها جائز كالرباع البعيدة، والمعروف منع بيع حاضر العاقدين بصفته.

وسمع عيسى ابن القاسم: لو قال مبتاع: ما بهذا الصندوق على الصفة بعد ذهابه وجدته على خلافها، لم يصدق ولزمه بيعها.

فأخذ منه اللخمي جوازه.

ورده المازري باحتمال مشقة إخراج ما فيه كالبرنامج أو فساده برؤيته كالساج المدرج في جرابه.

قُلتُ: وأذكر حمله بعضهم على غيبة مفتاحه فصار ما فيه كغائب وتلقيها ابن رُشْد بالقبول كتقصير، ودليل قولها: من ابتاع ثيابًا مطوية لم ينشرها ولا وصفت له لم يجز جوازه.

و في غير موضع منها جواز بيع حاضر البلد على الصفة.

وروى محمد منعه واختاره فجعله ابن الحاجب الأشهر.

ابن شاس: حمل الأصحاب قولها على ما في رؤيته مشقة.

قُلتُ: فيكون ثالثًا على عد التأويل قولًا، وعلى المنع المعروف جواز الغائب على مسافة يوم.

اللخمي: روى ابن شعبان منعه. المازري: ليسر إحضاره.

[باب في بيع البرنامج]

وفي جواز بيع ما بالعدل ببرنامجه قولها مع الموطأ، وابن حبيب عن المذهب ورواية ابن شعبان.

القاضي: شرطه ذكر عدد ما فيه ووصفه بما يختلف به الأغراض.

وفي جواز بيع الساج المدرج في جرابه على الصفة نقل اللخمي روايتي محمد قائلًا: في الأولى على صفته أو على أن ينشره.

اللخمي: إن كان لا مضرة في إخراجه من جرابه جرى على الخلاف في بيع الحاضر على الصفة وإلا جرى على الخلاف في بيع البرنامج.

الباجي: في الموَّازية: من باع ثوبًا في جرابه فوصفه له وكان على أن ينشره، جاز نشره قبل البيع أو بعده، وفي الموَّازيَّة أيضًا الثوب مدرجًا بجرابه أو مطويًا وإن ظهر ظاهره لا يجوز بيعه بالصفة.

ابن زرقون: الظاهر أن قول مالك اختلف في بيعه على الصفة وعليه حمله اللخمي.

وظاهر سياق الباجي أنه وفاق، وفي الموطأ جواز بيع البرنامج بخلاف الساج المدرج والثوب المطوي فرق بينهما عمل الماضين ومعرفته في صدور الناس ونحوه فيها.

ونقل الشَّيخ تفرقة ابن حبيب بكثرة الثياب وعظم مؤنة فتحها، ونظرها العُتْبِيّ عن أصبغ.

قُلتُ: لابن القاسم: اتباع قلال خل مطينة لا يدرى ما فيها ولا ملؤها. قال: إن كان مضى عليه عمل الناس أجزته، كأنه لا يرى به بأسًا.

أصبغ: لا بأس به؛ لأن فتحه فساد وذوق واحد منه وبيعه عليه صواب.

ابن رُشْد: جوازه على الصفة من خل طيب أو وسط كجواز بيع البرنامج والثوب الرفيع الذي يفسده النشر على الصفة، وقوله: لا يدرى ملئها، أي: قدره لا أنه لا يدري هل هي ملأى أو ناقصة؟ هذا لا يجوز؛ لأنه جزاف غير مرئي.

وفيها: له قبض العدل بذلك فإن وجده دون الصفة أو العدد بالحضرة، أو بعدها ببينة لا تفارقه صدق وإلا فالقول قول البائع بيمينه لقبضه بتصديقه كمقتضي على تصديق دافعه في صفته أو قدره.

اللخمي: إن قبضه على تصديق المبتاع صدق بيمينه فإن ثبت نقص عدد رجع بما ينوبه من الثمن.

وفيها: إن وجد في عدل ابتاعه على أن فيه خمسين إحدى وخمسين، رد جزءًا من اثنين وخمسين جزءًا من الثياب.

عياض: كذا رواية ابن باز، ويحيى بن عمر وأحمد بن داود، وسماع عيسى وأَصْبَغ ابن القاسم قوله وروايته، وقالا: بل يقسم ثمنها على أحد وخمسين، وعليه صححت المدَوَّنة وكذا في كتاب أحمد بن خالد قالوا: وغير هذا وهم من راويه عن ابن القاسم أو مالك.

عبد الحق عن ابن حبيب: قاله الأخوان ورويا، ورواية ابن القاسم غلط.

عبد الحق: وصوبها ابن اللباد بإدخال اللفافة في العدد.

عياض: ولا يستقيم؛ لأنها ليست من جنس الثياب وهي ملغاة كحبال الشد، وكما لو كانت الثياب مختلفة لم يعتبر عددها؛ بل قيمة كل ثوب منها.

أبو حفص: رواية بجزء من اثنين وخمسين جزءًا على عد اللفافة، والأخرى على إسقاطها وتركها للمشتري.

وفيها أيضًا: إن وجد في عدل ابتاعه على أن فيه خمسين إحدى وخمسين، رد ثوبًا كعيب وجده به.

وفي رواية قال غيره: إنما يرد جزءا منها.

عياض: في كونهما خلافًا أو وفاقًا قولا الأكثر محتجين بقول ابن القاسم: الأول أعجب إلي والأقل، وحكي عن أبي عمران.

قُلتُ: حكاهما اللخمي روايتين ونحوه نقل التونسي عنها قال: قال مالك: يرد جزءًا من اثنين وخمسين قيل: فإن كان الجزء أقل من ثوب أو أكثر قال: يرد ثوبا من اثنين وخمسين، ثم أعدت عليه. فقال: يرد ثوبًا كعيب وجده.

قُلتُ: أفلا يقسمها على الأجزاء؟ فانتهرني وقال: يرد ثوبًا كأنه عيب وجد.

ابن القاسم: قوله الأول أعجب إلى التونسي: حاصل القولين هل للمشتري رد ثوب يختاره ثم يقوم، أو ليس إلا ما يخرجه السهم إلا أن يقال: يعطيه ثوبًا دون تقويم لتقاربها وهو بعيد في القياس.

وعلى الخلاف في تفسير الأول يرد ثوب يختاره كعيب يزيله، أو ما خرج ليده منها

دون تخيير. ثالثها: وسطا منها.

اللخمي مع عبد الحق عن أبي عمران وابن لبابة وعبد الحق عن بعض القرويين، ورده عبد الحق، والأول لو فاق فإن كانت قيمة المردود جزءًا من أحد وخمسين جزءًا من جملة ثمنها تفاضلا، وإلا كانا شريكين فيه إن كانت قيمته أكثر أو في آخر إن كانت قيمته أقل، وعلى قول الغير وهو شركة البائع بجزء منها في كلها في قسم ثمنها إذا بيعت أو ثمنها معجلًا بيعها ثالثها لا تباع وتقسم على أحد وخمسين جزءًا بالقرعة، لعياض عن ابن لبابة وعيسى مع أَصْبَغ مخطئين من تأول عليهما غيره.

وعلى الثالث إن وجد جزء البائع أو تمامه في مشترك فيه في كونهما فيه على حكم الشركة وإلزام ذي الأقل منه ذا الأكثر حظه بثمنه نقلاه عن أبي عمران وابن محرز.

قُلتُ: وقاله اللخمي.

وعلى رد الروايتين لو فاق تقسم على أحد وخمسين جزءًا على حكم القسم.

عياض: هذا على أنه جنس، ولو تماثلت في صفتها رد واحدًا وإن كان الزائد مخالفًا للصفة رده.

عياض: وحيث يحكم بالشركة يجوز تراضيهما على معين بعد معرفة قيمة ما يجب له.

اللخمي: إن كانت أجناسًا عرف ما ينوب جنس ذي الزيادة من الثمن ثم يفعل فيه ما مر.

وفيها لمالك: إن وجد فيه تسعة وأربعين ثوبًا وضع من ثمنها جزءًا من خمسين جزءًا، وإن نقصت كثيرًا لم تلزم المشتري ويرد البيع لما فسرت لك من قول مالك في كيل الطعام.

وفي كون تشبيهها بالطعام في رجوعه بقدر النقص منها من ثمنها دون تقويم؛ لأنها موصوفة إن قل نقصها، وإن كثر فله ردها لا في إن نقص ثلثها كثيرًا كالطعام أو فيهما قول ابن محرز، ونقله عن بعض المذاكرين.

اللخمي: إن ثبت نقص عدد رجع بما ينوبه من الثمن على أنه من وسطها.

وفيها: إن كانت ثيابه أصنافًا فنقص صنف منها ثوبًا عرف مناب صنفه من الثمن

بالقيمة، فإن نابه ربعه وعدده عشرة، والنقص واحد، وضع عنه عشر ربع الثمن.

عياض: هذا مع استواء ثياب الصنف وإلا قومت على اختلافها وعرف ما يجب لكل ثوب وما للناقص فيوضع عن المشتري.

قُلتُ: إنما يتصور مناب الناقص بمعرفة صفته، وهي مجهولة، فلا يتم ذلك إلا بما تقدم للخمي من جعله من وسطها.

ومقتضى الأصول: جعل نقص بعضها كمستحق يعتبر كونه الأكثر منها، أولا إن كانت جنسًا واحدًا وإلا اعتبر كونه كذلك من صنفه، فإن كان أكثره اعتبر كون صنفه أكثرها.

وإذا ثبتت صفة ما بيع عليها سقطت دعوى المشتري رده.

اللخمي: وإن ثبت خلافها فله رده، وإن اختلفا في الصفة التي بيع عليها صدق مبتاعه بيمينه، وإن اختلفا في كونه عليها، دعي لها أهل المعرفة.

أبو عمر: لا بأس ببيع البز والقطن والكتان في أعداله بغير برنامج إذا فتح، ونظر لبعضه على إن ءاخره على صفة ما رأى، فإن وجد فيه خلافًا يسيرًا، والصنف واحد، وأشبه بعضها بعضًا إلا أن الأول أجود؛ لأنه وجه الشيء لزم البيع، وإن جاء بخلاف الصفة أو تغير كثيرًا فله الرد.

قُلتُ: هذا نص فيما عليه بيع زكائب الكتان وسلل التين والعنب ونحوهما في بلدنا، وكان بعض قضاة شُيُوخنا يتوقف في بيع الزكائب كذلك، والصواب جوازه؛ لأن نشر ذلك فساد له.

وكان بعضهم يوقف بعض المرئي بيد أمين ليبين صدق مدعي الخلاف أو كذبه.

واغتفار يسير الخلاف فيه صواب لقولها في الخيار: إن اشترى خيارًا ثيابًا أو رقيقًا أو غنمًا على أنه بالخيار إذا نظرها فنظر أولها وصمت ثم لم يرض آخرها حين رآه فله رد ذلك، ولو كانت حنطة رضي بعضها ثم أنكر باقيها، فإن كانت على صفة ما رضي لزمه جميعها، وإن خالفه اختلافًا كثيرًا فله رد الجميع وليس لأحدهما إلزام البيع في المرضي فقط إلا برضى الآخر.

[باب في بيع الأعمى]

وبيع الأعمى، قال المازري: إن كان بعد إبصاره أجناس البيع وصفاته بحيث يتخيله بالوصف جاز، ومن خلق أعمى، منع الأبهري بيعه، وأجازه القاضي كالأول.

قُلتُ: هو نقل ابن رُشْد عن المذهب ومفهوما كلام المازري فيمن عمي صغيرًا متعارضان والأظهر كالثاني، وإسناد بيع الأول للوصف واضح.

وفيه: للثاني نظر والأقرب وصفه بقدر قيمته لالصفة أعراضه المرئية.

[باب في نقد ثمن الغائب]

ونقد ثمن الغائب غير الدور والعقار لا يجب، وفي الدور والعقار نقلا الصقلي عن أبي عمران قائلًا: كما لو كانت حاضرة؛ لأنها رهن بثمنها، وبائعها أحق بها في الفلس والموت من الغرماء، حتى يقبض ثمنها، وابن عبد الرحمن محتجًا بضمانها مبتاعها بالعقد.

قُلتُ: كذا قررهما الصقلي وقرر المازري حجة أبي عمران بلفظ: لكون مشتريها غير متمكن من قبضها، وهي في يد بائعها كرهن؛ لأنه أحق بها في الفلس والموت، واعتبار عدم التمكن مناسب لعدم الحكم بالنقد. وقبول الصقلي ما ذكره من احتجاج أبي عمران يرد بأنه ينتج له عكس دعواه في الحاضر المقيس عليه؛ لأن الراهن مبدأ بدفع ما الرَّهن به رهن قبل قبض الرهن، ونظير الراهن المبتاع فيلزم تبدئته بدفع الثمن، ومال قياسهما استنادهما لأصل واحد هو المبيع الحاضر، وحكمه عند ابن عبد الرحمن وجوب النقد، وعند أبي عمران عدمه فتأمل ذلك، وعزا الثاني عياض أيضًا لابن محرز، وابن القُصَّار قائلًا: هذا الصحيح من مذهب مالك المازري: واتفق الشَّيخان على عدم وجوبه فيما قرب من العروض للخلاف في ضمانه، ولو رأى ابن عبد الرحمن رأي ابن حبيب، أنه لا يختلف في ضمانه، لا وجب النقد فيه كالعقار.

قُلتُ: على اعتبار المدارك في التخريج دون تعيين قائلها يتخرج وجوب النقد فيما قرب من العروض المازري: وما بعد من العروض لم يختلف في عدم وجوب النقد فيها لتسليم ابن حبيب شهرة الخلاف في ضمانها.

[باب في شرط النقد في بيع الغائب]

والنقد بشرط:

ابن حارث: جائز في قريب العقار، غير جائز في الحيوان البعيد اتفاقًا فيهما ابن عبد السلام: نقل ابن الحاجب منع شرطه في العقار عن أشهب لا أذكر موضعه.

قُلتُ: نقله ابن حارث. قال: قال أشهب: إن كان بعيدًا لم يجز فيه النقد كان المبيع دارًا أو ما كان من شيء، وقد روي جواز النقد في الدور كراوية ابن القاسم.

المازري: يجوز شرط النقد في بستان فيه حيوان؛ لأنه بيع له كالشفعة فيه بما فيه، وعزاه الصقلي لمحمد وزاد: وضمانه من مبتاعه ولو بعد.

اللخمي: الثياب كالحيوان إن بعدت وإن قربت أو بعد زمن رؤيتها لم يجز شرطه فيهما، وإلا ففي جوازه قول ابن القاسم مع الأكثر معها، ورواية ابن عبد الحَكم لا ينبغي أن ينقد في الحيوان ولو قرب ونقلها ابن حارث بلفظ: لا ينبغي أن ينقد في الحيوان وإن كان رآه لا قريبًا ولا بعيدًا، ونقل ابن شاس القول الثاني بلفظ: لا يجوز ولم يعزه، وظاهر كلامه: إن شرطه فيما قرب من غير الحيوان متفق عليه، وصرح به ابن الحاجب وقبله ابن عبد السلام، وفي أول سماع يحيى ابن القاسم في كتاب المرابحة: لا يجوز لمن ابتاع طعامًا غائبًا بعينه أن يوليه أحدًا.

ابن رُشْد: يحتمل أن قوله هذا على القول إن النقد في الغائب، وإن قربت غيبته لا يجوز وفي المقدمات: في جواز شرطه في العروض القريبة قولان لها وللموطأ مع رواية موطأ ابن وَهْب وسماع ابن القاسم.

وقال ابن عات: قال ابن العطار: بيع الغائب على الصفة جائز ولا يجوز فيه النقد؛ لأنه بيع وسلف وقيل لا يجوز البيع بصفة البائع، ورواه يحيى عن ابن القاسم، وبالأول القضاء لابن رُشْد في التعقب عليه، قوله: قيل إن البيع لا يجوز بصفة البائع غير صحيح، إنما لا يجوز النقد فيه بصفة البائع وهو الذي في سماع يحيى.

[باب في بيع دار على الصفة من غير البائع]

وإذا بيعت الدار على الصفة من غير البائع جاز النقد في ذلك لأنها مأمونة، وأما بصفة البائع فلا يجوز لأنه لا يدري أصدق أم كذب؟ اللخمي: إن عرف البائع بالعدالة والخير وقلة الحرص جاز شرط النقد في المبيع على وصفه، ولا يجوز على وصف غير مأمون، ولو كان غير البائع.

أبو حفص: إنما يجوز أن تشترى السلعة الغائبة بصفة المخبر لا بصفة البائع. قال: ويجوز بصفة المشتري؛ لأنه إن تطوع بالنقد فهو على صفته إنما لا يجوز بصفة البائع لئلا يتطوع المشتري بالنقد، وعلى قول الأكثر المشهور في حد القرب أقوال: الصقلي روى ابن القاسم في الحيوان والطعام هو بريد إن قال، وفيها مع ابن القاسم وأشهب: فيهما وفي العروض يومان.

وروى اللخمي في الطعام وشبهه مثل اليوم ونحوه. قال: وروى ابن وَهْب يكره في الطعام على نصف يوم إلا أن يقرب جدًّا؛ لأنه يسرق ويفسده المطر.

اللخمي: أرى ثلاثة أيام في الطعام المخزون والثياب قريًا، وفي الزرع والثياب في البحر والحيوان في الرعي يومًا.

المازري: مقتضى رواية ابن وَهْب اعتبار قرائن الأحوال الدالة على الأمر أو شدة الخطر في كل صنف.

ابن شاس: في حد القرب في الحيوان خمسة: نصف يوم، ويوم، ويومان، وبريد، وبريدان.

وفيها: من اكترى دارًا بعبد بعيد الغيبة بصفة أو رؤية تقدمت على الشروع في سكناها لم يجز بشرط نقد عوضه، وعلى تأخيرها لقبضه جائز، وفي عد السنة من يوم العقد مسقطًا منها أمد الوصول المعتاد والباقي كل الثمن أو من يوم يتم العقد بقبض العبد؛ لأن أمد الوصول معروف عادة ككراء دار سنة بخيار شهر نقل الصقلي عن بعض القرويين. وقوله: قائلًا؛ لأنه لو كان من يوم العقد لزم بيانه للمكتري، وإلا كان طرح أمد الوصول ظلمًا له، وأظن قائله قاسه على قول ابن القاسم في العتبية: من باع

غائبًا لا يجوز فيه النقد بثمن لسنة من يوم قبضه لم يجز إلا من يوم عقده، كمن نكح بمائة إلى سنة من يوم البناء، لم يجز إلا من يوم العقد، وقياسه غير صحيح؛ لأن كون السنة من يوم العقد لا يوجب نقصًا من الصداق، وفي السكنى يوجب نقصًا منها، وبأن الصواب في كونه من يوم البناء جوازه كما قال الشَّيخ: فيها نظر لإجازتهم النكاح على مائة تحل بالبناء؛ لأن البناء إلى الزوجة متى شاءت فكأنه حال.

قُلتُ: وقبله المازري ويرد بأنهم إنما أجازوه ليوم البناء على أن وقت البناء عندهم معتاد؛ لأنه باختيار الزوجة، والعجب أن الصقلي قيده في كتاب النكاح بما قلناه. قال: ذوو الأول وما زاد أمد الوصول على معتادة كمستحق من الدار يرجع بمنابه في قيمة العبد أو عينه على قولي ابن القاسم وأشهب، وفيها: لا بأس ببيع سلعة غائبة لا يجوز النقد فيها بسلعة مضمونة لأجل أو بدنانير مؤجلة.

المازري والصقلي قيدها في الدور بشرط كون أمد مسافة الغائب لا يحل أجل الثمن قبله وإلا كان شرطًا لنقده.

المازري: مفهومه لو شرط وقف الثمن إذا حل حتى يقبض الغائب جاز.

قُلتُ: مدلول هذا المفهوم نقله ابن محرز نصًا كأنه المذهب قال: وقول بعض المذاكرين إن كان الأجل أقل من أمد مسافة الوصول بقدر ما يجوز فيه النقد كأجل ثمانية أيام، في مسافة عشرة جاز كشرط نقد في مسافة يومين غلط؛ لأنه إنما جاز في قريب الغيبة حين العقد؛ لأنه مظنة لعلم حاله حين العقد وتعيين موضع قبض الثمن كتركه إن كان عينًا وإن كان عرضًا، فإن شرطاه بموضع يقرب من مكان الغائب لأجل يتهيأ فيه إيصال خبر المبيع الغائب جاز.

قُلتُ: هذا يناقض تغليطه غيره، بأن علم حال الغائب إنما يعتبر حين العقد لا بعده إلا أن يريد أو حين النقد ويكون تغليطه غيره فيما لا يحصل فيه علم حال المبيع حين عقده، ونقده فيتم تغليطه وقوله: (والطوع بنقده وبيعه) بت جائز ويمتنع فيه، وفي السلم والأمة المتواضعة، وشراء منافع على خيار لامتناع أخذ أحدها عن دين على المشهور. وفي عموم جوازه في كل ثمن وقصره على ما يجوز قرضه ثالثها على المكيل والموزون لظاهرها مع التلقين وغيرهما، وتفسيرها اللخمي به قائلًا: (إلا إن كان دارًا

أو منافعها أو جارية أو جزافًا)، ولابن محرز قائلًا: لأن غير المكيل والموزون غرر إن سلم الغائب كان ثمنه، وإن هلك رد قيمته، وعلى الثاني قال اللخمي: إن طاع بما يجوز قرضه ولم يتم البيع رجع بمثل ما دفع لا قيمته؛ لأنه قرض ولو كان ثوبًا؛ لأن ذوات القيم في القرض كالمكيل والموزون.

ابن محرز: إن عجل ما لا يكال ولا يوزن سلفًا إن لم يتم البيع رد مثله جاز كالعين.

عياض يتعقب بما يتعقب به قول ابن عبد الحكم في قرض الجواري بشرط رد المثل.

قُلتُ: التعقب على ابن محرز أشد؛ لأن شرط ابن عبد الحكم ذلك في الجواري خوف عارية الفروج، وشرط ذلك في الثوب لا موجب له، والحق قول اللخمي إن مجرد الطوع به يوجب رد مثله إن لم يتم البيع؛ لأنه قرض.

قُلتُ: لازم تعجيله بنص كونه سلفًا إنه لو فلس البائع، وتم البيع لغرم المبتاع الثمن للبائع، وحاص فيه مع الغرماء، بما طاع بدفعه، ولا يلزم هذا فيمن عجل ما يجوز تعجيله من دين؛ لأن هذا تعجيل بشرط براءة ذمة المعجل يلزم شرط براءته؛ لأن هذا دين وجب، وثمن الغائب لم يجب بعد فشرط البراءة منه لغو، كمن أسقط حقًا قبل وجوبه، والمذهب أن الغائب المبيع بمضمون يجب به كمعين، وفي كونه بمضمون تقرر كذلك، أو كمضمون فيمتنع، قولا أشهب والمشهور، فمن ثم صح كونه رأس مال سلم كالمنافع في الوجهين، وإذا لم يكن شرط ولا طوع، ففي وجوب وقفه طرق.

[باب في من اشترى غائبًا هل يوقف ثمنه؟]

اللخمي: إن كان الثمن عينًا والمشتري موسر لم يوقف، وإن خيف إعساره لوقت قبضه أو كان غير عين ولا غلة، له وقف، وإن كان عبد خراج بقي بحاله فعلى أن ضمانه من بائعه له أخذ خراجه، وعلى أنه من مبتاعه وقف، فإن تم البيع أخذه وإلا رد لبائعه، وإن كان عبد خدمة فعلى أنه من بائعه لم يمنع من خدمة وعلى أنه من مبتاعه منع منها، ودار الغلة كعبد الخراج، ودار السكنى كعبد الخدمة، وما هلك في وقفه كان ممن يجب له وكذا إن هلك قبل وقفه على أنه من مبتاعه وعلى أنه من بائعه يفسخ البيع ولو سلم

الغائب. أبو حفص: يجب وقفه مطلقًا؛ لأن مبتاع الغائب يذهب لأخذه، وعزاه عياض للواضحة والموَّازيَّة وسَحنون وأحد قولي مالك وعبد الحق وأبي عمران وجل أهل المذهب.

قال: وفي العتبية: ليس عليه إيقاف واختاره بعض الفاسيين.

اللخمي: إن وصل مشتري الغائب له فليس لبائعه منعه خوف كون الثمن هلك إن كان وقف؛ لأن هلاكه ممن يصير له وإلا فعلى أن المحبوسة بالثمن من مشتريها فكذلك، وإلا فله منعه ولمن دعا لوقفه وقفه وصار عوضه كغائب وقف ثمنه فإن لم يقفاه وعادا للأول كان لبائعه منع قبضه لإمكان هلاك الغائب.

قُلتُ: فترك الوقت يؤدي للتسلسل فيجب الحكم به، وهو قول أبي حفص، وعليه قال: لو باع سلعة بمصر بأخرى بتونس بعث لها فوقفت بها وصارت كحاضر وقف.

[باب في ضمان بيع الغائب غير ذي توفيةٍ]

وفي ضمان الغائب غير ذي توفية فيه بعد عقده قبل قبضه مبتاعه أو بائعه، ثالثها في الربع، ورابعها وفيما جاز شرط نقده لقربه لروايات المازري مع اللخمي ونقلهما قول ابن حبيب.

زاد التونسي عنه: لم يختلف قول مالك فيهما.

قُلتُ: لم يختلف قوله في الربع.

الصقلي عن محمد عن مالك: الدور من البائع. ولمالك: الرباع من المبتاع ولو بعدت، وعليه أصحابه أجمع اللخمي: وعلى الأول يجوز شرطه على بائعه، وعلى الثاني في جوازه على مبتاعه قولان لها ولرواية العتبي: لا يجوز بيع طعام على إن أدركته الصفقة مثل زرعٍ قائم تم يبسه، فرآه كمشتري فيه سقي على أن لا جائحة، أو مشتري فيه إجازة؛ لأنها تمنع التصرف المقصود من المشتري غالبًا، كمنع غيبته ذلك، وتمكنه من بيعه وهبته لغو؛ لعدم قصدهما بالشراء غالبًا، وتأويلها ابن القاسم بالزرع المخزون خلاف نص مالك.

قُلتُ: نصها قال مالك: لا ينبغي بيع طعام على إن أدركته الصفقة مثل الزرع

القائم اليابس، سَحنون: سئل عنه ابن القاسم فقال: ذلك رأيي، ما كان في البيوت من الطعام المخزون، سَحنون: هذا في الجزاف.

ابن رُشْد: قول ابن القاسم وسَحنون مفسر لقول مالك، أي: لا يجوز بيع الطعام الغائب جزافًا على الصفة. ولا يقوم من قوله: لا يجوز على شرط إن أدركته الصفقة جوازه دون شرط ذلك؛ بل لا يجوز في الحالين إذ لا يجوز أن يشتري على الصفة إلا ما يجوز السلم جوازه دون شرط ذلك فيه على الصفة، فكما لا يجوز السلم في الطعام على الصفة جزافًا فكذا لا يجوز بيعه غائبًا على الصفة جزافًا، وقوله: مثل الزرع القائم إذا يبس يحتمل أن يريد لا ينبغي كما لا ينبغي في الزرع القائم إذا يبس والأول أصح؛ لأن المعلوم من قول ابن القاسم وروايته في المدَوَّنة وغيرها، أنه لا يجوز السلم في فدادين من زرع على صفة، وإنما يصح الثاني على قول أشهب، يجوز السلم في قصيلٍ على فدادين موصوفة وشراء الصبرة والزرع على رؤية متقدمة جائز اشترط الصفقة أو لا؟ قاله ابن حبيب وفرق في المدنيه من رواية ابن القاسم بمنع شراء الطعام على رؤية متقدمة، وأجازه في الزرع القائم، وهي تفرقة لاحظ للنظر فيها، وعزا التونسي قولها لابن الماجِشُون قائلًا: هذا المبيع على اشتراط الصفقة بيع براءة وقاطع عهدة الثلاث والستة، التونسي: وكأنه لما اشترط الضمان إن كانت موجودة حين العقد برئ من كل شيء.

قُلتُ: ظاهر قول ابن القاسم فيها: الدور والأرضون من المبتاع على كل حال أنه كذلك، ولو شرطه على البائع فتكون الأقوال ستة.

ابن الحاجب: في ضمانه ثالثها من البائع إلا أن يشترطه، ورابعها إن كان عقارًا فمن المشتري.

ابن عبد السلام: نقله الثالث صحيح، وفي صحة الرابع نظر ولا يبعد صحته والأولان غير صحيحين كونه من البائع، ولو شرطه على المبتاع، وعكسه.

قُلتُ: الأول نقله اللخمي، وضعف تأويله ابن القاسم.

[باب في صحة اشتراط الضمان عقب العقد]

وفي صحة اشتراط الضمان عقب العقد على من ليس عليه حيث يجوز فيه قولان خرجهما اللخمي على فعله عثمان، وعبد الرحمن بعد عقدهما أو فيه بعد مراوضتهما العقد مصوبًا منعه؛ لأنه ضمان بجعل، والمازري على أن الملحق بالعقد كواقع فيه أولا، ورد التونسي تخريجه على إلحاق مال العبد به والثمرة بأصلها، بأن الإلحاق فيهما للمشتري مع ما اشتري والضمان إنما يرجع للبائع وهو لو باع عبدًا بماله ثم أراد بائعه شراء ماله ما جاز، وقصر ابن محرز الخلاف في ضمان الغائب على ما في قبضه مشقة سفر. قال: وما يقبض دونها لقربه كحاضر لقول ابن القاسم في ثاني نكاحها: إن تزوجها بثوب فهلك ببينة ضمنته مع قوله في الغائب إنه من بائعه فدل أن الثوب المهر لا مشقة في قبضه.

قُلتُ: هذا خلاف نقل المازري واللخمي قول ابن حبيب رابعًا، وخرج المازري الخلاف على اعتبار قدر التسليم قائلًا: وعليه يرتفع الضمان عن البائع بمضي زمن الخروج لقبضه عادة، وبه صوب تفرقة شيخه اختيار ابن القاسم من قولى مالك في ضمان الغائب ضمانه البائع، وفي المحبوسة بالثمن: ضمانه المبتاع لعجزه عن التسليم في الغائب، وقدرته عليه في المحبوسة.

اللخمي والمازري: لو بيع الغائب على كيل أو وزن ضمنه بائعه اتفاقًا.

اللخمي: إنما الخلاف فيما صدق المبتاع بائعه في صفته وما كان على وقفه على كونه على الصفة أو اختياره فمن بائعه، ورده المازري بأن كونه على الصفة أو لًا ككونه موجودًا حين العقد أو لا؟ فكما تقرر الخلاف في الكون الثاني فكذا الأول لاستوائهما في احتمال المطابقة ونفيها يرد بوضوح الفرق بين ما بيع على خيار ضمانه من بائعه وما بيع على بت، ضمانه من مبتاعه وبين اقتضاء شيء على تصديق دافعه في صفته ضمانه من قابضه وعلى عدم تصديقه؛ بل على اختياره ضمانه من دافعه، ولو كان دارًا على مذارعة أو نخلًا على عدها ففي كونهما من البائع أو المبتاع رواية المازري ونقله عن ابن حبيب مع الأخوين فخرجهما على أن الذرع والعد حق توفية أو مجرد صفة.

زاد الصقلي عنهم: تقاس الدار وتعد النخل على ما هي به فما كان منها لزمه قال: وإنما يصح هذا إن وفى قيسها وعدها بما شرط أو نقص يسيرًا ويحط منابه، وقولهم بلزوم ما وجد غير صحيح؛ لأنه إذا نقصت الأذرع بمثل الثلث فالمصيبة من البائع.

وسمع أَصْبَغ ابن القاسم: من اشترى سلعة غائبة بعينها وهي ببلد على أن يوفاها بموضع آخر أو بموضعه، شك. أصبغ: لا خير فيه للضمان.

ابن رُشْد: هذا بين؛ لأن بعض الثمن وقع للضمان ولا يحل وهو حرام بإجماع، وسمعه أيضًا من اشترى جارية غائبة بالشام على أنها من البائع حتى يوفيه إياها بمصر لا خير فيه لما فيه من الضمان والتغرير، ولو كان يقبضها في مكانها بالشام لم يكن بذلك بأس.

ابن رُشْد: هذا مثل الأول لا فرق بين السلعة والجارية في شرط ضمان ذلك في البيع لا يجوز.

قُلتُ: لا يتوهم أن هذا خلاف المذهب في جواز شرط الضمان على البائع في الغائب؛ لأن ذلك في مدة الوصول إليه لا في مدة إيصاله.

اللخمي: الإتيان بالغائب على مبتاعه وشرطه إياه على بائعه مع ضمانه إياه يفسد بيعه، وضمانه في وصوله من بائعه وإن هلك بعد قبضه ضمن قيمته، وإن شرط ضمانه في إتيانه من مبتاعه جاز، وكان بيعًا وإجارة، فإن هلك قبل خروجه من موضع بيعه أو في الطريق حط عن المشتري من الثمن بقدر الإجارة.

ولابن القاسم: من اشترى غلامًا غائبًا بغنم غائبة فتقدم بالعبد ثم مات قبل وصول الغنم، إن جاءت على الصفة أو على غيرها فرضيها مشتريها فالعبد ممن كان إليه صائرًا، ومحمل قوله: إن بائع الغنم تطوع بجلبها. عياض عن فضل: مسائل المدَوَّنة دالة على أن على بائع الغائب الإتيان به، وجواز اشتراطه المبتاع عليه خلاف سماع أصبغ، ابن القاسم منعه، وإن المشتري هو الذي يخرج لأخذه وصوبه أبو عمران وأنكره غيره، وتأول بعضهم قولها: إن البائع طاع بذلك، وقال: إن شرطه عليه المبتاع دون ضمان جاز وإلا فسد.

قلت ظاهر جعله سماع أَصْبَغ خلاف ما ذكر قبله، إن معناه جواز اشتراط ضمانه

مدة الإتيان به، وذلك خلاف ما ذكره قبله أن معناه ما تقدم لابن رُشْد.

وفيها: اختيار ابن القاسم الضمان من البائع في الموت والنماء والنقصان، التونسي: ظاهره يحدث للبائع بالنماء خيار كخيار المشتري بالنقص، وعن سَحنون: إن ذلك في مال يحدث للعبد ولا فرق بينهما، والأشبه النقص اليسير، والنماء اليسير لا يوجبه؛ لأنهما دخلا عليهما، وما كان غير معتاد من نقص ونماء يوجبه.

ابن محرز: حمله بعض المذاكرين على ظاهره، وقال: حدوث النماء ولو في البدن يوجب خيار البائع في فسخه ثم صوب قول سَحنون، ونص أشهب: لا خيار له إن حدث نماء وإن كان في ضمانه كحاله في عهدة الثلاث.

وفيها: ما بيع بصفة أو تقدم رؤية وهلك فقال بائعه: هلك بعد الصفقة، والمشتري قبلها هو من البائع في قول مالك الأول إلا أن يأتي ببينة وإلا حلف المبتاع على علمه إن ادعى البائع علمه وإلا فلا يمين كما لو جهلا وقت هلاكه، وعلى آخر قول مالك هو من البائع في كل حال فخرجه المازري على تغليب استصحاب حالة موجودة على استصحاب حالة سابقة فيما شك في كونه بينهما على السابقة أو اللاحقة، وخرج هو واللخمي نقيضه من أحد القولين في مسألة كتاب عيوبها، من ابتاع عبدًا بالبراءة من إباقه فأبق في الثلاث ووجد ميتًا بعدها، فقال المبتاع: مات فيها والبائع بعدها فى كون القول قول المبتاع بناء على تغليب اللاحقة أو البائع بناءً على تغليب السابقة، ومن قول ابن القاسم في المَوَّازيَّة في عبد بيع على خيار وجد ميتًا بعد مدته، قال مبتاعه: مات فيها وبائعه بعدها، القول قول البائع.

قُلتُ: يرد بتحقق ثبوت متعلق البيع يوم الصفقة في المبيع بالبراءة والخيار ضرورة حضورهما وعدمه في الغائب لغيبته، وما قال مبتاعه بصفة أو تقدم رؤية في عيب اطلع عليه به حين قبضه هو قديم، بائعه حادث، قال التونسي: لا جواب فيها عنه، ولابن حبيب والأخوين وابن القاسم: لو ظهر بعبد، بيع على إن أدركته الصفقة عيب. قال: مبتاعه قديم وبائعه حادث، القول قوله مع يمينه أنه: ما علمه، فناقض التونسي قول ابن القاسم فيه بقوله في هلاكه: هو من بائعه. قال: والجزء كالكل، وفرق ابن محرز بأن هلاكه قادح في وجود متعلق البيع وهو المبيع بخلاف العيب، الاختلاف في قدمه

كالاختلاف فيه والمبيع حاضر، وعزا المازري المناقضة لبعض أشياخه قال: وأشار بعض المتأخرين إلى أن ابن القاسم فرق بينهما ولم يشر إلى الفرق، قال: وعندي أن الفرق بينهما، وذكر مثل ما تقدم.

وفيها: لمن اكترى دارًا بثوب موصوف ببيته شراؤه من المكري إن علم وجوده يوم شرائه.

ابن رُشْد: في هذا نظر: إذ ليس من شرط بيع الغائب علم قيامه حين عقده، فمراده إن الصفقة إن علم بعدها قيام الثوب حين عقدها صحت، وعلم انتقال الملك عن المشتري للبائع والضمان عنه للمشتري على قول مالك الآخر، أو منه للبائع على القول الأول، وإن علم تلفه قبلها أو جهل، فالصفقة باطلة لا ينتقل بها ملك ولا ضمان: عبد الحق عن بعض شُيُوخه: إنما شرط علم ذلك؛ لأن جهله يؤدي للجهل بما يرجع به إن تهدمت الدار في بعض المدة إن كان الثوب موجودًا يوم الصفقة انتقص من الثوب قدر باقيها وإن لم يكن رجع بقدر ذلك في الدراهم إذ كان الكراء إنما وقع بها، وقال غيره: لأنه لا يدري هل باع منه موجودًا أو لا؟ فعقد البيع إذا وقع جائز، ثم ينظر فإن علم وجوده، حينئذ صحت الصفقة الأولى والثانية وإلا فلا.

المازري عن بعضهم: لأن عدم علمه يوجب غررًا في بيعه؛ لأنه إن ادعى بائعه ضياعه لم يقبل إلا بيمينه فإن نكل خير مشتريه في فسخ بيعه أو إلزامه قيمته.

ابن رُشْد: قوله: (انتقض من الثوب قدر باقيها) يريد ويرجع بقدر ذلك في قيمة الثوب؛ لأنه فات ببيعه منه كفواته ببيعه من غيره، وقال التونسي: يرجع في الثمن نفسه بقدر ما بقى من السكنى، وعلته إن استحق من الثوب بقدر ما انهدم من الدار وذلك غير صحيح؛ لأن الثوب إنما يجب الرجوع فيه ما لم يفت، وهو قد فات ببيعه من ربه ولا فرق بين بيعه منه أو من غيره؛ لأن شراء من اشترى عبدًا ممن باعه منه بيعًا فاسدًا فوت يوجب صحة بيعه البيع الفاسد، وقول بعض القرويين: إن لم يكن الثوب عنده وقت الصفقة الثانية، فكأن الكراء إنما وقع بالدراهم، فإذا انهدمت الدار وجب الرجوع فيها غير صحيح، والواجب إن تلف قبل الصفقة الأولى أو بعدها، وقبل الثانية على أن ضمان الغائب من بائعه رجوع رب الدار على رب الثوب بقيمة ما سكن، كمن اكترى

دارًا بثوب استحق، وإن تلف بعد الأولى وقبل الثانية على أن الضمان من مبتاعه رجوع المكتري على رب الدار في قيمة الثوب بقدر ما بقي من السكنى وبالثمن لانتقاض البيع في الثوب بتلفه قبل وقوع الصفقة.

وتعليل غيره الاشتراط بأنه لا يدري هل باع منه موجودًا أم لا؟ فعقد البيع إذا وقع جائزًا كلام صحيح، وقوله: (ثم ينظر... إلى آخره): معناه على أن الضمان من البائع صحة الأولى مطلقًا؛ لأن بيعه مبتاعه قبض له، والثانية إن قبضه مبتاعه بعد ابتياعه وإلا ضمنه مبتاعه وعلى أن المبتاع من الضمان يصحان مطلقًا، وقول ابن الحاجب وعلى تضمين المشتري لو تنازعا، فقولان لتعارض أصلي السلامة وانتفاء الضمان يتقرر بإجرائه على ما ذكر بمسألة قولي ابن القاسم وأشهب في قول مبتاع غائب تغير عن حال رؤيته المتقدمة وكذا ذكر ابن شاس المسألة بلفظ (تنازعا) وظاهر قول ابن الحاجب يتناول تنازعهما في وقت هلاك ما هلك، وتقدم أن الخلاف فيه إنما هو بتخريج اللخمي والمازري، وقول ابن عبد السلام في تفسيره تنازعهما في نقد ثمنه، وقول ابن عبد الرحمن به، وقول أبي عمران، لا يجب قال: وظاهر قول المؤلف عموم قوليهما في كل ما ضمنه المبتاع ربعًا كان أو غيره، وابن عبد الرحمن نص على قصر قوله في الربع فقط واضح البعد، والوهم مع يسر تفسيره بما تقدم، ومن نظر وأنصف علم ذلك والله أعلم بالصواب.

[باب ما يحرم به فضل القدر والنساء]

ويحرم فضل النقد والنساء بين عوضي متحدي جنس الفضة أو الذهب، أو ربوي الطعام[1]، وقول ابن الحاجب: الفضل بدل فضل القدر، ومن النقود بدل الذهب

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (عوضا متحدي) أخرج به اختلاف جنس ما ذكر بمثل الدنانير فيما بينها والدراهم فيما بينها فلا يجوز في ذلك فضل ولا تأخير وكذلك (ربوي الطعام) وفيه إحالة على ما يأتي من تفسير الربوي وقال جنس الذهب ولم يقل العين ليعم أصناف الذهب والفضة ولو ذكره لكان أخصر ولا يؤدي معناه واعترض على ابن الحاجب بكونه أطلق الفضل فألزمه امتناع فضل الصفة وكذلك اعترض عليه في ذكر النقود وهو جلي والله سبحانه أعلم.

والفضة عام في فضل الصفة خاص بالمسكوك دون أصله.

[باب ما يحرم فيه النساء]

والنساء فقط بين عوضي مختلف جنسه وبين الذهب والفضة[1].

࿇

(1) قال الرَّصاع: معنى ذلك أن النساء وهو التأخير محل منعه العوضان من الطعام اللذان اختلف جنسهما فالقمح مع الفول محل لتحريم النساء وما شابه ذلك وليس محلا لمنع التفاضل بالقدر ولذا قال: النساء فقط وكذلك محله إذا كان العوضان ذهبا وفضة والضمير المضاف في جنسه يعود على الطعام المذكور لا على الربوي كذا قيد عن الشَّيخ: وفيه ما لا يخفى وانظر لم لم يزد في الممتنع الفلوس مع الذهب والفضة مع أن حكمهما حكم العين والله أعلم.

كتاب الصرف

[كتاب الصرف]

الصرف: بيع الذهب بالفضة أو أحدهما بفلوسٍ[1]، لقولها: من صرف دراهم

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (بيع) جنس يدخل فيه جميع أنواع البيع وقوله: (الذهب بالفضة) يخرج به البيع الأخص؛ لأن من خاصته كون أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة.

قوله: (أو أحدهما بفلوس) أشار إلى أن الفلوس حكمها حكم النقد لا حكم العرض. قال الشَّيخ: مستدلًا على أن بيع الفلوس بالذهب أو الفضة من باب الصرف أن في المدَوَّنة قال: من صرف دراهم بفلوس فقد أطلق على ذلك صرفا والأصل في الإطلاق الحقيقة وهذا جواب عن سؤال كأن قائلًا قال: الإطلاق يكون مجازًا ويكون حقيقة فلا دليل يدل على ذلك فأجاب بأن الإطلاق أصله الحقيقة والحمل عليها واجب.

وهذا قد قدمنا إشكاله بأنه إذا تعارض المجاز والاشتراك فالمجاز مقدم؛ إلا أن الشَّيخ استدل بهذا في كثير من المواضع، وتقدم لنا في الاستبراء أو في العدة بحث الشَّيخ بمثل هذا، وأن المجاز مقدم على الاشتراك، وصير ما وقع في الاستبراء من الإطلاقات مجازًا فتأمله، وهو لا يخلو من نظر لا يقال كيف جعل الشَّيخ البيع جنسًا للصرف والمتبادر في البيع ما تقدم حده أو رسمه، وقد زاد فيه ما يخرج به الصرف عنه وإذا خرج عن ذلك فكيف يكون جنسًا له فهذا فيه تدافع؛ لأنا نقول الشَّيخ ذكر للبيع حدين حد الأعم وحد الأخص فالذي صيره جنسًا أعمه لا أخصه وصح له ذلك؛ لأن الجنس قد حده قبل فلذا عرف به بعد.

(فإن قلت): إذا صح زيادة ما أدخل به الفلوس فهلا أتى بما يعم الفلوس وغيرها وقد وقع في المدَوَّنة أن ما أجري مجرى الفلوس يقوم مقامه حتى الجلود وما شابهها.

(قُلتُ): لعل المراد بالفلوس الكناية عن الذي ناب عن النقدين وهذا يدل على أن الفلوس حكمها حكم النقد، وقد وقع ذكرها في المدَوَّنة في مواضع؛ لكن قيل الغالب فيها الكراهة.

(فإن قلت): هلا قال بيع ذهب منكرا وهو أخص من المعرف.

(قُلتُ): يظهر أن السؤال وارد ويتأكد؛ لأنه نكر الفلوس ولا فرق ولعله تبرك بالحديث؛ لأنه وقع فيه معرفا والله أعلم بقصده.

(فإن قلت): قيل أنه أورد على الشَّيخ رحمه الله أن رسمه فيه حشو؛ لأن أخصر من حده أن يقال بيع الذهب بالفضة أو بفلوس فأجاب الشَّيخ رحمه الله بأن هذا أبين فهل هذا السؤال صحيح وجوابه كذلك أم لا؟

(قُلتُ): يظهر أن السؤال غير وارد؛ لأنه إنما يقال أخصر من كذا في لفظين إذا كان معناهما واحدًا، والأخصر يؤدي ذلك وهنا لو قال: بيع الذهب بالفضة أو بفلوس، فإنما يصدق ذلك في بيع الذهب بأحدهما وأما بيع الفضة بالفلوس، فإنما يؤخذ باللازم ودلالة الالتزام في الرسوم فيها ما هو معلوم.

(فإن قلت): قد أشار الشَّيخ إلى مثل ذلك في جوابه ذلك ولأنك سلمت أن الدلالة حاصلة إلا أنها خفية

ولذا قال الشَّيخ: هذا أبين وهو التصريح بأحدهما.
(قُلتُ): يحتمل هذا أن يكون قصده ويمكن أن يكون غيره والصواب بعد هذا كله أن السؤال غير وارد.
(فإن قلت): أورد بعضهم على حد الشَّيخ أنه غير جامع؛ لأن من الصرف بيع الذهب والفضة بفلوس ولا يدخل ذلك في حده لقوله: أو أحدهما وأحدهما غير مجموعهما فهل يرد عليه.
(قُلتُ): يظهر أن هذا يحتاج إلى جواب.
(فإن قلت): لأي شيء لم يقل الشَّيخ بيع العين بعين غيره أو أحدهما بفلوس.
(قُلتُ): لأنه لو قال كذلك لكان حده غير منعكس لخروج بيع حلي الذهب بفضة وغير ذلك، وفي حده تسامح بذكر أو جوابه تقدم مرارًا.
(فإن قلت): لأي شيء لم يذكر الشَّيخ المناجزة في هذا الرسم قيل فيها أنها ركن أو شرط، وكلما صح ذلك فلا بد من ذكر الخاصة في الرسم أو الركن في الحد هذا لا يرد بوجه؛ لأن الحد أو الرسم لا يجب أن يكون كل واحد منهما بجميع الخواص لجواز التعريف ببعضها، وإن كان الشَّيخ: مال إلى ركنية التناجز.
قال: لتوقف ماهية الصرف عليه غير خارج عنها، وإن كان صرح المازري بأنه شرط وقاله ابن محرز، ولما ذكر الشَّيخ هذا الكلام بعد وجدت طرة من بعض تلامذته.
قال: قيل: عليه لو كان ركنًا لذكره في هذا التعريف.
قال: وهذا وهم ممن أورده؛ لأن التعريف هنا بالرسم لا بالحد.
(فإن قلت): هذا الخلاف هو هل التناجز ركن أو شرط هل تنبني عليه ثمرة شرعية أم لا ثمرة له في باب الصرف.
(قُلتُ): قال ابن محرز: يجري على الشرطية أن الصراف إذا وزن الدينار فضاع يكون ضمانه من ربه لعدم انبرام العقد بجواز التأخير هكذا نقل المازري عن ابن محرز وقبله، والشَّيخ له بحث في ذلك يخرجنا عن المقصد؛ لكن نشير إلى بحث لم يذكره في مختصره ووقفت عليه لبعض المشايخ على ما قيده عنه وأنه جرى في مجلسه قيل له: الشرط تصوره منفكًا عن المشروط؛ أي: موجود دون المشروط والتناجز دون الصرف لا يوجد فلا يصح أن يكون شرطًا.
قال: فأجاب الشَّيخ: بأن التناجز قولكم لا يوجد بدون الصرف بل يوجد، ولا يوجد الصرف الصحيح ومثله الصرف على خيار مثل أن يقول أصرف منك هذا الدينار على أن الخيار بيننا ونتناجز فهذا لا يجوز مع أن الشرط موجود والمشروط غير موجود وهو الصرف الصحيح.
قال: قيل للشيخ: أليس التناجز مثل الوضوء للصلاة فيكون له ماهية خارجة عن الصلاة وكذلك الحياة في العقليات فأجاب: في مجلسه بأن قال: ليس كل المشروطات كذلك بل منها ما يكون حسيًا ومنها ما يكون حكميًا، ولما ذكر هذا قال: انظروا في هذا الجواب هل فيه مغالطة أو غلط فلنشر إلى بسط الإيراد المذكور وجوابه فحاصل بحث قائله أو مورده أن يقول لو كان التناجز في الصرف شرطا لصح وجوده بدون مشروطه والتالي باطل، بيان الملازمة أن حقيقة الشرط تستلزم ذلك تعقلًا

بفلوس، والأصل الحقيقة، وكره مالك العمل به، جنسه الإباحة وهو ظاهر الأقوال والروايات فيه.

العتبي: كره مالك العمل به إلا لمتقٍ. ابن رُشْد: وقليل ما هو.

العتبى عن أصبغ: يكره أن يستظل بظل صيرفي.

وروى الشَّيخ: الصرف من الباعة أحب إليَّ من الصيارفة وقبض عوضيه عقب عقده حسا أو حكمًا واجب، وفي كونه وهو التناجز ركنًا أو شرطًا أو التأخير مانعًا ولو عقد عليه ولم يفعل نظر الأول أقرب لتوقف ماهيته عليه غير خارج عنها،وصرح المازري وغيره بأنه شرط، وقاله ابن محرز، ثم قبل قول ابن القُصَّار وهو غير شرط في صحته والتفريق يبطله، وتمامه موقوف عليه كالنكاح يلزم بالعقد وتبطله الردة، وقول المازري.

قال ابن القُصَّار: من شرط صحة الصرف وتمامه القبض والتفريق قبله إلى آخر نقل ابن محرز عنه متناف وعلى كونه شرطًا قبل المازري: قول ابن محرز، لو وزن الصراف الدينار فضاع كان من ربه لعدم انبرام العقد لجواز التأخير.

قُلتُ: وعلى نقل ابن محرز عن ابن القُصَّار يضمنه مبتاعه؛ لأن الأصل عدم المانع، الشَّيخ: روى محمد: إن أعطاك دينارًا من لك عليه دراهم، وقال: اذهب فزنه فتلفه منك، وأباه محمد. واستشكال كونه شرطًا بأن لازم الشرط محقق وجوده دون مشروطه كالحياة والوضوء وهو غير كائن في التناجز، والعقد ضرورة تقدم العقد عليه يرد بأن =

كوجود الحياة مع العلم والوضوء مع الصلاة والتناجز لا يصح وجوده ولا تعقله خارجًا عن الصرف فبطل أن يكون شرطًا بما قررناه وأجاب الشَّيخ ﷺ بمنع التالي وحقق تلك الصورة بالتناجز في خيار الصرف؛ بل الصرف الصحيح لم يوجد ووجد التناجز وهذا كما يتعقل من صلى بطهارة ثم فسدت صلاته بغير الحدث؛ فالصلاة الصحيحة لم توجد ووجد شرطها.

(فإن قلت): إذا صح الجواب بما قررته فكيف يقول الشَّيخ: فانظروا في هذا الجواب هل هو مغالطة أو غلط، وهذا ليس فيه مغالطة ولا غلط بل جار على المعقول والمنقول.

(قُلتُ): لعل ذلك إنما هو راجع لما ذكر من الجواب ثانيا عن سؤاله الثاني لا أنه راجع للأول، ويظهر ذلك بعد تقرر السؤال الثاني ما موقعه وكيف تقريره، وذكرنا ذلك لتمام الفائدة من كلامه والله سبحانه الموفق للصواب بمنه وفضله.

المشروط الصرف الصحيح وهو متأخر عن التناجز.

وفي كون الفلوس ربوية كالعين ثالث الروايات يكره فيها، خرج اللخمي الأولين على تعليل ربا العين بالثمنية وتعبده، والمازري على تعليله بالثمنية أو غلبيتها رادًا قوله بالإجماع على تعليلها.

قُلتُ: لعل اللخمي يريد المتعدية، والخلاف فيها لا ينافي الإجماع على مطلق التعليل لثبوته بالقاصرة، وتعليل اللخمي والمازري بالثمنية تعليل بغير منعكسة لثبوت الربا في مادتها وهو نص قوله ﷺ: «**الذهب بالذهب ربا...**» الحديث[1] فيكون خلاف إجماعهم على تعليل محل النص، وقول الباجي العلة كونها أصل الأثمان يمنع لحوق الفلوس أو يثبته في مادتها، والصواب: أن القولين بناء على تعليل الربا في العين إما بالثمنية أو مادة غلبيتها على القول بعلتين مستقلتين وإما بغلبيتها أو مادتها.

وعقده على تأخير بعض عوضه يفسده، المازرى هذا معروف المذهب إلا ما خرجناه من الخلاف في العقد على حلال وحرام وعقده على مناجزة عوضيه إن تأخر اختيارًا غير أقل أحد عوضيه تأخيرًا غير يسير فسد، وإن تأخر أقله انتقض فيما تأخر، وفي أصغر مقابله إن استقل، وإلا ففي كله كتأخر درهم في صرف دراهم بدنانير متماثلة الصفة مختلفة القدر ينتقض في الدرهم وأصغرها. وفيما قبض طرق:

المازري: عن بعض أصحابنا البغداديين كتأخر كله؟

ابن رُشْد: قولان لمحمد معها، وله عن ابن القاسم.

ابن محرز: قال محمد عن من لم يسمه: إن نقصت مائة دينار صرفت دينارًا، فأخره به، انتقض صرفه فقط، محمد؛ بل كلها، فإن نقصت نصفها انتقض كله كمبتاع مائة قفيز قمحًا لم يجد إلا نصفها له رده، أصبغ: ينتقد كل الصرف، وإن لم يعجزه إلا خروج آخره بها، وقياسه ليس بشيء؛ لأن ذلك عيب لا صرف.

---

(1) أخرجه البخاري: 291/4 في البيوع، باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة، وباب بيع التمر بالتمر، وباب بيع الشعير بالشعير، وأخرجه مسلم: رقم (1586) في المساقاة، باب الصرف، وبيع الذهب بالورق نقداً.

قُلتُ: عزا الصقلي ما نقله محمد عن من لم يسمه لابن القاسم.

ابن محرز: قول محمد وأصبغ: هو قول مالك فيها، وقوله في نقص نصفها خلاف قولها: من وجد نصف مائة دينار ردية نقض فيها فقط، وقولهم: من باع سلعتين متكافئتين، استحقت إحداهما أو ردت بعيب، لا خيار له في نقض بيع الأخرى لرده نصف ثمنها، وقد يفرق بين هذا وبين الصرف بأن الثمن في غير الصرف في غير الذمة معين، وفي الصرف متعين فأشبه الطعام، ويلزم عليه أن المكيل والموزون من العروض كذلك، ولعلي أبسط هذا في كتاب العيوب.

قُلتُ: تبعه المازري حتى في إلزام المكيل والموزون ووعد ببسطه في الاستحقاق، وفيه نظر؛ لأن اللازم المذكور المنصوص خلافه؛ ولأنهما قالا: النصف في العروض يسير وفي الطعام قولا أشهب وابن القاسم.

وفي العين قال ابن القاسم: كثير ولا نص فيه لأشهب، وظاهر المدَوَّنة إنه يسير لقولها: (إن وجد نصفها زيوفًا لزمه ما سواه).

قُلتُ: وقياسهما تعذر قبض نصف العين على استحقاق نصف الطعام، وكون نصف العين زيوفًا بعيد عن تحصيلهما؛ لأن تأثير تعذر قبض النصف في الصرف إنما هو في إيجابه تأخير معتبر من الصفقة يبطل المناجزة التي هي حق لله تعالى، وتأثيره في الاستحقاق إنما هو في إبطال المقصود من الصفقة الذي هو حق لآدمي، وقياسهما تأخير القبض على الاطلاع على عيب ببعض العوض بعد قبضه كذلك لوضوح الفرق بين ما قبض عوضه، وما لم يقبض، وبه يتضح قول المدَوَّنة إن تأخر يسير العوض بطل كل الصفقة، وإن اطلع على عيب به، انتقض فيه فقط، وقد أشار أَصْبَغ إلى هذا حسبما نقله ابن محرز عنه. وفي كون القولين بإبطال كل الصفقة أو المؤخر فقط بناء على عموم عوضية المؤخر في كل المقبوض، وقصره على ما يعدله فقط أو على تهمتهما على العقد عليه، وسلامتهما منها: طريقًا المازري وابن رُشْد مع اللخمي.

وفي يسير التأخير طرق:

اللخمي: في خفته وكراهيته قولان لرواية محمد: من صرف دراهم بدينار، وقال:

اذهب إلى الصراف لير ويزن، لا بأس بها قرب منه، وقوله فيها: أكره أن يدخل الدينار تابوته أو يخلطه ثم يخرج الدراهم؛ بل يدعه حتى يزن فيأخذ ويعطي.

عياض: اختلف في يسير التأخير، في الموَّازيَّة جوازه وفي المدَوَّنة: ما يدل على القولين.

ابن رُشْد: سمع ابن القاسم أرجو أن لا بأس بقول من صرف دنانير بدراهم. اذهب زنها عند الصراف وأره وجوهها إن قرب ولمصارفته على ذلك، وقول بعضهم هذا خلاف كراهته فيها أن يصارفه بمجلس، ثم يزنان بآخر مردود بأن كراهته لقيامهما بعد العقد قبل القبض ولا ضرورة له، والأولى بعده لضرورة عدم تمييز غالب الناس النقود.

قُلتُ: يعضده قول محمد: روى محمد ابن وَهْب منع مبتاع حلي أن يقوم لصراف يعطيه ثمنه، وفي الواضحة: إن نزل رد، وكره ابن القاسم لمن وزن ألف درهم صرفًا أن يزن أخرى لعاقده قبل عوض الأول وقول سند: أباح مالك القيام من المجلس للقبض فيما هو فيه حكم المجلس لا أعرفه.

المازري: المفارقة قبل قبض أحد العوضين تبطله إجماعًا، وقول ابن شاس: المفارقة قبل التقابض إن بعدت اختيارًا أبطلت، وكذا طول في المجلس وإن لم يفترقا، وإن قربت فالمشهور الإبطال والتصحيح في الموَّازية، وقول ابن الحاجب: المفارقة اختيارًا تمنع المناجزة، وقيل: إلا القريبة يقتضي وجود القول بالصحة في قريب مفارقة أحدهما الآخر قبل مطلق القبض، وإن لم تكن لتمام الصرف ولا أعرفه ولا يؤخذ مما تقدم، وفي تأثير المفارقة غلبة طرق.

اللخمي: ثالثها: إن غلبا معًا كظهور زائف قلبه، ثالث لهما لتخريجه على منع بدل الزائف بتدليس دافعه، ورواية ابن القاسم لزوم بيع قلادة لؤلؤ وذهب على النقد قوم مبتاعها لؤلؤها وباع ذهبها، فوضعت فأراد فسخها لتأخيره، ونقله، وفسر الثاني بأن المغلوب لو أراد الفسخ دون غالبه فسخ.

الصقلي وغيره: قولان لرواية ابن القاسم: يفسخ ابتياع قصيل ندم مبتاعه ومنع

الإقالة؟ فقال: أؤخره ليتحبب فيفسخ فأخره بالخصومة فتحبب ورواية القلادة.

ابن عبد الرحمن، وابن رُشْد: مؤثر لظاهر الروايات مأولين رواية القلادة بيسارة الذهب وأولها ابن زرقون بفوتها: ولزمه الثمن دون القيمة لتهمة مدعي فوتها إسقاط فضل الثمن عليها كضمان مبتاع ثوب بخيار أتلفه وسبقه المازري بحكايته، وقال: هذا تعسف وروى محمد: تأثير تأخيرهما لليل غشيهما.

اللخمي: لأنه اختياري لعقدهما قربه إلا أن يعقداه لما يسعه قبله، فنزل ما أخرهما إليه.

ولو وكل على قبض ما عقده فقبضه بحضرته فطريقان:

ابن رُشْد واللخمي: عن المذهب لا يفسد.

زاد ابن بشير: ويكره.

المازري عن ابن القاسم: لا خير فيه، أشهب: لا يفسخ.

ابن وَهْب: لا بأس به. فأخذ بعضهم من قول ابن القاسم: اشتراط كون القابض العاقد.

قُلتُ: هذه الأقوال معزوة لقائلها إنما ذكرها الباجي في الحوالة حسبما يأتي فالله أعلم بالصواب.

ولو قام قبل قبضه فطرق: المازري: لا خلاف منصوص في فسخه، وحمل بعض أشياخ المذهب على الكراهة لحصول المناجزة.

قُلتُ: هو اللخمي واستدل بأن الوكالة على الدفع والقبض مع حضوره لا تفسده فكذا مع الافتراق؛ لأن قوله ﷺ: «هاء وهاء» إن حمل على المناجزة فقد حصلت، وإن حمل على كون العاقد الدافع، لزم فساده مع حضوره.

قُلتُ: اللازم حق على ما نقله المازري عن ابن القاسم، والعجب أنه ذكر استدلاله هذا ولم يتعقبه بهذا على أن في نقله نظرًا يأتي.

ابن الحاجب: لو وكل في القبض وغاب فالمشهور: المنع، وفي غيبة النقد المشهور: المنع.

ابن عبد السلام: أي صرف ووكل من يقبض والمقبوض غائب، وهي مسألة

المدَوَّنة والأولى تغني عنها.

قُلتُ: ليس فيها ذكر كون المقبوض غائبًا بحال ولفظها: قلت إن أتيت من صرف لي صرفًا وكلته عليه؟ فقال لي: اقبض دراهمك من هذا،وقام، قال: لا خير فيه كقول مالك: لا يصلح أن يصرف ثم يوكل من يقبض له، ولا أحب ذلك؛ لكن لفظها مطلق في الصورتين، فيحتمل كون ابن الحاجب نبه على عمومها فيهما فذكر الصورتين تفصيلًا ويحتمل حمل الثانية على حضور الموكل، وحصر الغيبة في النقد أو حمل الأولى على القبض فقط، والثانية عليه وعلى الدفع، وكذا نقل اللخمي عن المدَوَّنة مع أن لفظها ليس كذلك حسبما تقدم اللخمي عن الموَّازية: لو صرف رجلان دراهم بدينار بينهما فوكل أحدهما الآخر على قبضه فلا بأس والحلي كذلك.

ابن رُشْد: إن وكل أحدهما صاحبه على قبض ما عقداه، وذهب قبل قبضه، ظاهر سماع عيسى ابن القاسم: جوازه، وسماعه أَصْبَغ أبين في جوازه، وهو نص سماعه أبا زيد.

وفيها: لا يجوز في الأجنبي، وثالثها يجوز في الشريك لتخريج بعضهم جوازه في الأجنبي، وتخريجه منعه في الشريك، وتفريق بعضهم بأن يد الشريك كشريكه والصواب هما سواء.

الباجي: إن صرف رجلان دينارًا بينهما من رجل ثم وكل أحدهما صاحبه على قبض الدراهم، وذهب قبل قبضها فقال محمد عن ابن القاسم: جاز إن قبض قبل أن يفارق الصراف وكذا الحلي.

ابن زرقون: أجاز هنا مفارقة الموكل قبل قبض الوكيل فأحرى في الإقالة من الطعام، وقال سَحنون: لا يجوز في إقالة، ولا صرف،وفرق ابن القاسم في المدَوَّنة فأجازها في الإقالة في السلم الثالث، وقال في الصرف: لا يجوز.

اللخمي: في المواعدة فيه ثلاثة:

ابن القاسم ومالك: تكره.

أصبغ: تفسخ كمواعدة معتدة في عدتها على نكاحها.

ابن نافع: يجوز، وهو أحسن؛ لأن المنع في العدة؛ لأن المواعدة فيها ذريعة

لتعجيله، وتعجيل عقد الصرف جائز، والثلاثة جارية في المواعدة على بيع الطعام قبل قبضه، ورده ابن بشير برده على أصبغ؛ لأن تعجيل العقد على الطعام قبل قبضه لا يجوز كالنكاح في العدة.

قُلتُ: وفي رد ابن بشير نظر؛ لأن المواعدة إنما هي على مقبوض مؤخر عن وقت المواعدة فإن فرض تعجيله منجزًا فرض كون الطعام مقبوضًا.

وروى محمد: إن راضاه ثم أرسل معه من ينقد ويقبض لم يعجبني.

وفي الحوالة في الصرف طرق:

المازري: لا تجوز.

اللخمي: لأن معناها: إنا بريئ من دينك بما لي قبل الصيرفي.

ابن بشير والتونسي: إن ذهب المحيل قبل القبض فسد وإلا كره.

الباجي: إن أحال على الدراهم من يقبضها ثم فارقه قبل قبضها لم يجز اتفاقا، وإن قضاه قبل مفارقة المصارف له، فقال محمد عن ابن القاسم: لا خير فيه، ولو أحال ببعض الدراهم، وروى زيد بن بشر عن ابن وَهْب: لا بأس به، وقال أشهب: لا يفسخ إلا أن يفارقه قبل قبض المحال الدراهم، ثبت دين المحال عليه قبل عقد الصرف أو بعده.

قُلتُ: وهذه الأقوال التي ذكرها المازري في الوكالة معزوة لهذه القائلين، ولم أجدها في النوادر، وذكر فيها عن محمد عن ابن القاسم: من صرف دراهم ثم باعها قبل قبضها جاز إن قبضها ودفعها لمبتاعها منه، وإن أمر الصراف بدفعها لم يجز، ثم ذكر عن محمد قال مالك: إن صرفت دينارًا بعشرين درهمًا قبضت عشرة،وأمرته بدفع عشرة لمن معك من ثمن سلعة لم يعجبني حتى تقبضها.

ابن القاسم: وكذا في جميعها، أشهب: إن لم يفارقه حتى قبضها المأمور، لم يفسخ وإلا فسخ اتبعت السلعة قبل الصرف أو بعده.

ابن رُشْد: إن قبض المحال مكانه قبل مفارقة المحيل، أجازه سَحنون، وسمع ابن القاسم منعه وقاله.

والخيار فيه شرطًا لا يجوز:

ابن رُشْد: اتفاقًا.

اللخمي: روى ابن شعبان جوازه بناء على أنه قبل إمضائه إن أمضى منعقد أم لا المازري روى ابن شعبان القولين، والمشهور المنع.

عياض: في المَوَّازِيَّة ما يشير إلى الخلاف وهو نص الزاهي.

ابن رُشْد: إن كان لهما فتماه معًا مناجزة مضى، وروى محمد خفة اشتراء سوارين يريهما أهله فإن رضوهما، رجع فاستوجبهما فأخذ.

اللخمي منه: الخيار.

المازري: تأويلهما بقرب أهله تعسف، ورده الباجي باحتمال كونه وعدًا.

والخيار الحكمي في إجازته نقلا اللخمي عن ابن القاسم في وكيل على قبض دينار أخذه صرفًا يجوز إن رضي به مع قوله فيها: لمن أسلم وكيله على سلم دينار في طعام أسلمه فيه بعد صرفه لا نظرا، أخذ الطعام، ومحمد في منع أخذ مودع ما صرفه له مودعه تعديًا، قال: وتباع الدراهم بدنانير والفضل لرب الوديعة والنقص على المتعدي.

الصقلي: تعقبه بعض الفقهاء بتنافي أخذ ربح الدراهم ومنع أخذها وأجاب المازري بأن أخذ ربحها، إنما هو لإقرار المتعدي به له بصرف حكم ببته، والممنوع أخذها بحكم صرف مخير فيه قال: وبه يرد أخذ بعض الشُيُوخ الأول من مسألة وكيل السلم.

قال اللخمي: ويؤخذ الأول أيضًا من قول ابن القاسم فيها: من اشترى بحنطة وديعةً عنده لنفسه تمرًا لربها أخذه ففرق بين الطعام والدنانير، فرأى الطعام تختلف فيه الأغراض، خلاف جعله في: كتاب الوديعة، إذا تسلفه أو خلطه بغيره كالعين وعليه يكون التمر للمودع، ويغرم مثل القمح لربه، قال الصقلي: على الأول حمل ابن أبي زَمَنَيْن المدَوَّنة، وصوبه بعض أشياخنا، واستدل بقولها في مسألة وكيل السلم، وعن أشهب: لا يجوز لرب الطعام أخذ ما باعه به مودعه من تمر لربه،وصوبه محمد وقال: يشترى بالتمر قمح وفضله لربه، أشهب: وإن باعه بتمر لنفسه، فلربه أخذه أو مثل قمحه، وقال بعض أصحابنا: قول محمد وأشهب، خلاف المدَوَّنة، ومحملها: أن

المتعدي أضمر كون الشراء والصرف لربه،ولو أظهره لم يجز؛ لأنه عقد خيار،والفرق بين منع رب الوديعة أخذ ما ابتاعه بها مودعها لنفسه، وهي عين بخلاف كونها عرضًا أو طعامًا، إن الشراء بالعين شراء على الذمة لا على عينها بخلافهما؛ لأنفساخ البيع باستحقاقهما، وتمامه في استحقاق العين بلزوم عين أخرى.

الصقلي: ولأنه إن أخذ عرضه انتقض البيع،وإن أخذ عينه لم ينتقض.

قُلتُ: هذا هو نفس الأول وهو يرد مناقضة.

اللخمي: قول ابن القاسم في مسألة الثمر والوديعة، وسمع القرينان: من وكل على صرف فصرفه من نفسه كرهته ولا أجيزه؛ لأنه صرف فيه استئجار.

ابن رُشْد: خففه في رواية أشهب من كتاب البضائع.

وقال ابن أبي حازم: ما كان الناس يشددون هذه الشدة.

ابن رُشْد: لأن الخيار الحكمي أخف من الشرطي يصح إمضاء السيد نكاح عبده دون إذنه، وإمضاء الوصي نكاح يتيمه دون إذنه مع أن الخيار في النكاح لا يجوز، وسمع أبو زيد: من وكله ذو تبر على بيعه وذو دنانير على شراء تبر بها فاشترى بها دراهم ثم باع التبر بها من نفسه لا يصلح فعله إلا أن يحضر دراهم ذي الدنانير عند ذي التبر فيصارفه. ابن رُشْد: مثله له في الموَّازية، وسمع منه عيسى جوازه، ورواه محمد وقول ابن دحون: كرهه لاحتياج الصرف لدافع ومدفوع له، يرد بإمكانه من واحد كإنكاح ولي وليته من نفسه؛ بل ذلك لعدم بذله وسعه في المكايسة لكل منهما فيجب لكل منهما الخيار، وأخذ بعض الورثة من تركتهم حليًا قدر حظه منها فأقل، ليحاسب بما زاد على حظه منه لا يجوز.

الباجي: إلا بتنجيز قسمها في المجلس؛ لأنه لو تلف سائرها اتبع فيما أخذ.

قُلتُ: لأنها يرجع عليهم فيما صار عليه، أي: في ثمن ما أخذوه وهو نفس ما قاله الباجي، وقول عياض: (عليهم) بمعنى: لهم تكلف لا يحتاج له، ومقتضى الرجوع في عين ما أخذوه وليس كذلك.

وحاصله: أنه لو كان ما أخذه قدر حظه فأقل، كما عجل عوضه ليقسم لما رجع آخذ حلي هو بعض حظه على غيره، الآخذ أكثر منه دون حظه في تلف باقي التركة

واللازم باطل.

الباجي: روى العُتْبِيّ ومحمد: لو عجل عوض ما زاد على حظه مما أخذ جاز، وفي المَوَّازية: إثرها.

خالف ابن القاسم مالكًا في هذه المسألة.

قُلتُ: مخالفته هي شاذ نقل ابن بشير حيث قال: إن أخذ من الحلي قدر ما له وتفاصلوا فيه في الحال فالمشهور المنع لحصول التراخي بتأخير المحاسبة.

قُلتُ: المحاسبة المؤخرة إنما هي في قسم التركة لا في الصرف.

وقال ابن رُشْد: في رواية العُتْبِيّ اتفاقًا.

وعقد الصرف على مرئي كمال وعلى حاضر غيره جائز وعلى دين يتأخر، ثالثها: إن حل لإسماعيل وأشهب مع أبي عمر عن ابن وَهْب، وابن كنانة والمشهور.

وفيها: إن بعت دراهم على رجل حالة بدنانير من رجل آخر، جاز إن قبض النقد يدًا بيد.

قُلتُ: لعله مراد ابن الحاجب بقوله: والصرف على الذمة، لعطفه عليه صرف الدين الحال والمؤجل، وحمله ابن عبد السلام على القدر المشترك بين صرف ما في الذمة قال: وهو الملزوم تقدم عمارتها على عقد الصرف، وبين الصرف على الذمة. قال: وهو عكسه وهي مسألة السلف الآتية تكلف لا يخفى فإن قلت: يناقض قول صرفها قول التهذيب في هباتها من لك عليه دراهم حالة فأحالك على دنانير له على رجل هي كصرف دراهمك وقد حلت لم يجز.

قُلتُ: ليست كذلك في المدَوَّنة؛ بل نصها: (قلت: وكذلك لو كان لرجل على رجل دراهم حلت فأحاله على غريم له عليه دنانير حلت وهي صرف تلك الدنانير الدراهم، لم يجز في قول مالك؛ لأن هذا بيع الدنانير بالدراهم مثل ما ذكرت لك في الدراهم إذا فسخها في طعام لا يقبضه؟ قال: نعم).

قُلتُ: فمعنى مسألة الهبات: إذا لم يتعجل قبض الدراهم لتشبيهه إياها بطعام لا يقبضه ولقوله: (لأن هذا بيع الدنانير بالدراهم)، ومعلوم أن بيعها بها غير ممنوع إلا مع التأخير، ونقلها الصقلي معكوسة فقال ما نصه: قال مالك: (من لك عليه دراهم حالة

فأحالك على دنانير له على رجل، وهي كصرف دراهمك لم يجز حلت أم لم تحل، وكذلك لو فسخت دراهمك في طعام ولم تقبضه، ولو تسلفا النقدين عقب عقدهما ناجزًا)

ففيها: لا خير فيه ونقل سند كره، وجوزه الأكثر غير التونسي: إن اعتقد كل منهما أن نقد صاحبه معه لا أعرفه، ولو تسلفه أحدهما فقط ناجزًا كحل الصرة فقولان لأشهب وابن القاسم فيها، الصقلي عن سَحنون: الأولى خير من التي تحتها وفي كون قول ابن القاسم ولو علم الواجد فقد العاقد وإن لم يعلمه، نقلاه عن بعض الشُيُوخ وبعض الفقهاء.

زاد ابن محرز عن بعض المذاكرين؛ لأنه فساد علمه أحدهما فقط.

الصقلي: فرق ابن الكاتب بين الأولى والثانية بإقرار كل منهما بموجب فسخه، وهو الفقد بخلاف الثانية أو يكذب الواحد المتسلف في دعواه الفقد لتهمته على إرادة الفسخ وقاله الباجي.

ابن محرز: وتعليله بعضهم بكونه على غير معين وهو ملزوم لبدل الزائف الممنوع يلزمه في تسلف أحدهما، وفرق بأن تسلف أحدهما أبعد عن عروض التأخير، ورده ابن عبد السلام، بمنعه لسعة زمن تسلف أحدهما سلفها يرد بأن مراده أن تسلفهما أقرب لكونه مظنة للتأخير لا أن زمنه أطول من زمن تسلف أحدهما، وإنما كان أقرب؛ لأن سلف أحدهما معروض للتأخير، فكلما تعدد تعدد معروض التأخير وكلما تعدد المعروض كان حصول العارض أقرب.

والمغصوب المصوغ الغائب عن غاصبه:

المازري: يمنع صرفه؛ لأنه تفاضل إن كان فائتًا وتأخيرًا إن كان قائمًا لغيبته.

ابن بشير: إن علم بقاءه بحاله فكالرَّهن وإلا لم يجز، وشاذ قول ابن الحاجب: إن غاب، فالمشهور: المنع لا أعرفه منصوصًا؛ بل مخرجًا كما مر وإثباته.

ابن عبد السلام: بتخريجه على إجازة ابن القاسم بيع الجارية المغصوبة البعيدة الغيبة من غاصبها بشرط النقد الملزوم كون المضمون مقبوضًا، سلمناه؛ لكن شرط قبض الصرف حضور المقبوض المعين، ولذا منع ابن القاسم صرف الوديعة وتم هبتها بالقبول.

ابن شاس: إن تغير بما يخير ربه منع صرفه لغيبته، وصرف قيمته يمنع إن عد

المخير منتقلًا وإلا جاز، وإن اختلف صار دينًا، وفي كونه قيمته أو وزنه قولان: للمشهور، وغيره، فيجري صرفها على صرف ما في الذمة.

قُلتُ: الأول: نص غصبها، والثاني: لا أعرفه إلا لعبد الحق والصقلي عن سَحنون في مسألة حلية السيف، وللصقلي عن محمد عن أشهب ومالك غرم مثله وعزاه اللخمي لأحد قوليه ويبعد كون الآخر، الوزن لظلم المغصوب في لغو حقه في الصياغة فيترجح حمله على قيمته، وإن كان مسكوكًا ففيها: (يجوز؛ لأنه دين عليه بضمانه).

الباجي: هذا على أن العين لا تتعين، وهي رواية ابن القُصَّار.

المازري: إن زعم الغاصب أنه أفاتها صح صرفها، وإن زعم أنها باقية ببيته، فإن قلنا لا تتعين، وإن له رد غيرهما دونها فكذلك إن التزم رد مثلها، وإن ألزمناه رد عينها، ولم يرض ربها إلا بعينها فهذا مما ينظر فيه نتكلم عليه في صرف الوديعة.

قُلتُ: هذا قريب من قول الباجي، ورده ابن بشير في (التنبيه) فإنا ولو قلنا بتعيينها، فإنها لا تعرف بعينها، وبغيبته عليها تعلقت بذمته فلا يمنع تعيينها صرفها.

زاد ابن شاس عنه: وبأنه لو أراد الغاصب إعطاءه غير عينه، فإن افترقا في الحل والتحريم أو الشبهة فلربها أخذ عينها اتفاقًا وإلا فالمشهور كذلك.

والرهن لا المسكوك في جواز صرفه غائبًا، ثالثها: يكره، للخمي عن أشهب وابن القاسم ورواية محمد، وذكرها اللخمي في الرَّهن المسكوك وتوجيهه قول أشهب؛ لأنها مقبوضة له، وهي على أصله في ضمانه، ولو قامت بينة بضياعها فوجب كون المصوغ كذلك.

وعزا الباجي الأول لرواية محمد بزيادة لضمان المرتهن قال: وعليه يجوز في العارية، وذكر اللخمي الثلاثة في الوديعة قال: ولو شرطا ضمانها من ربها حتى يقبضها المودع لم يجز، ولو شرطا عكسه، جاز اتفاقًا فيهما، والخلا حيث لا شرط، وقبله المازري ولم يذكر غير قولي ابن القاسم وأشهب، وخرجهما على وقف انتقال ضمانهما على قبضهما، وحصوله بالعقد، وعزا الباجي الأول لرواية أشهب قال: فرأى أنه لما كان للمودع سلفها صح أن ينعقد ذلك عند الصرف فتتعلق بذمته، ويجب عليه منعه في الحلي اتفاقًا، وذكره المازري وقال: ما خرجنا عليه الخلاف يوجب التسوية في

المسكوك، والمصوغ ابن الحاجب: والرَّهن والعارية والمستأجر والوديعة إن كان مصوغًا فكالمغصوب، وإن كان مسكوكًا فالمشهور المنع.

قال ابن عبد السلام: عدل عن إيجاز الإخبار عنها بالمشهور المنع للإشارة إلى انقسام المصوغ إلى فائت، وباق ومخير فيه.

قُلتُ: هذا يقتضي تصور الإجارة في المسكوك، وليس كذلك في المشهور مطلقًا، والشاذ مقيد بملازمة المالك فيبطل منع صرفها إن حلا عقد إجارتها وإلا امتنع اتفاقًا للتأخير، ويقتضي تصور العارية فيه، وهي فيه ممتنعة لانقلابها قرضًا حسبما ذكره ابن الحاجب، وغيره وهو نص كتاب العارية منها، وجواب ابن عبد السلام بقوله: لعل معناه إن كان ما يصح ذلك فيه، وحذفه للعلم به بعيد؛ لأنه لو أراده، لقال: فإن كانا لأنهما اثنان: الرهن، والوديعة، وزيادة ألف أهون من حذف ما يوهم حذفه خطأ منها.

وفيها: إن أسقطت عمن أودعته دراهم بعضها على أن يعجل لك سائرها من غيرها لغيبتها لم يجز، ولو عجله منها لحضورها جاز.

وفي صحة الصرف على تصديق دافعه نقده في وزنه أو جودته، ثالثها: إن كان ثقة صادقًا، ورابعها: يكره، للخمي عن محمد عن أشهب مع الباجي عن روايته والمازري عنه، ورواية اللخمي مع الباجي عن الموَّازية: بنقص ولو بان صدقه، وابن رُشْد عن قول أشهب: لا يجوز ولا في تبادل الطعامين، واللخمي وسماع القرينين.

قُلتُ: في أخذ الكراهة منه بعد نصه أيأخذ الدراهم بقول الصراف هي جياد؟

قال: لا، والله.

قيل: لا يبصرهما، ولا معي من يبصرها، وأنت تكره أن يذهب بها ليريها من يبصرها قال: ﴿وَمَن يَتَّقِ ٱللَّهَ يَجۡعَل لَّهُۥ مَخۡرَجٗا﴾ [الطلاق: 2].

ابن رُشْد: ويمنع أشهب.

قال المخزومي وسَحنون، ومحمد وروى ابن نافع: إجازته في مبادلة الطعامين، وقاله ابن القاسم وعات كراهته مالك.

ابن زرقون: أجازه ابن القاسم في تبادل الطعامين ومنعه في الصرف، وروى ابن نافع منعه في الطعامين فأحرى في الصرف،وعلى رواية أشهب جوازه في الصرف أحرى

في الطعامين.

ونقص القدر يعلم بالقرب إن رضي أو أتم تم. ابن رُشْد: إن علم بالغلط أو النقصان جاز أخذ النقصان، وتم الصرف عند ابن القاسم، وقال أشهب: يلزمه، وإن كانت دراهم معينة لم يلزمه إلا أن يشاء، فإن لم يعطه ما نقص أو استحق انتقض الصرف.

الباجي عن ابن القاسم: له الرضى بتركه أو أخذ ما شاء به، فإن تفرقا قبل استيفائه ما نقص ففي انتفاض كل الصرف أو قدر النقص فقط قولا أصبغ مع محمد وابن القاسم، وإن بعد العلم به ورضي ففي صحته ثالث روايات.

الشَّيخ: إن قل كدانق، ونحوه ولأَصْبَغ كدرهم من ألف، فحملها الباجي والمازري على ظاهرها، وفي نقل ابن بشير: وتابعه كدرهم من مائة.

وسمع أبو زيد ابن القاسم: من صرف دنانير بدراهم فذهب فوجد الصراف سرق من وزنها أو غلطه فترك النقص خوف نقض الصرف فليس له ذلك ولو قل، وقال قبل ذلك: إن قل كدانق فلا بأس بتركه لذلك.

ابن رُشْد: ليس ذلك اختلاف قول، ومعناه اغتفار ذلك في يسير تختلف فيه الموَّازين لا في يسير لا تختلف فيه الموَّازين، وأشهب يجيزه، ولو كثر النقص، وإن طلب حقه ففي نقض كله أو ما قابل النقص، ثالثها: يصح بقبض ما نقص ناجزًا للمشهور، واللخمي عن محمد: إن نقص أقل الصفقة، وتخريج ابن رُشْد على قول صحة للبدل، وقال الباجي: ينقض اتفاقًا.

قُلتُ: ما فوق أقل الصفقة ذكره في الاستحقاق.

والزائف إن رضي به لا بعوض صح:

المازري: اتفاقًا.

قال: وتعقب بإنما وقع العقد على طيب، ولم يقبض والرضا بالزائف بعد ذلك تأخير وأجاب بأن المقبوض على أنه طيب كقبضه لدخوله في ملك قابضه بذلك، لضمانه الملزوم لاستحقاقه علته فانتفى التأخير، وإن رضي بعوض جائز ففي صحته قولان:

للتونسي مع المازري عن محمد وله مع اللخمي عن ابن شعبان قال: ولو وجد من ابتاع طوق ذهب بدراهم عيبًا به ففي جواز أخذه عنه ذهبًا ثالثها نقدًا لا مؤجلًا لأشهب وسَحنون وقول صلحها وبه احتج ابن شعبان.

قُلتُ: والثلاثة بناءً على أن العوضية عن الخصومة أو عن ما يقابل النقص بالعقد الأول أو بحادث.

اللخمي: والثلاثة جارية في الصرف، وإن لم يرض به فطرق.

اللخمي: إن كان الزائف من نقد معين فرده نقض فالرضى ببدله جائز اتفاقًا، وإن لم يرض ببدله، ففي نقض كله أو ما يعدل الزائف فقط، ثالثها: كل الصرف للمشهور، والتخريج على صحة صرف بعض الدينار، والتخريج على جعل العقد أولًا على العوضين مسقطًا منهما الزائف، وما يعدله، فيؤول إلى عقده على قائم مع جزء مشاع فيبطل الجميع، وإن كان الزائف من غير معين.

قُلتُ: يريد: وأحد عوضيه متماثلة الصفة. قال: ففي لزوم نقضه وصحته بأخذ بدله، ثالثها: هذا إن كان كما قلبا واختبر للمشهور، وابن وَهْب مع الليث واللخمي. وعلى نقضه إن عدل الزائف كاملًا اختص النقض به اتفاقًا، ولو صغر وإن عدل كسرًا ففي نقض أصغرها يستلزمه أو كل الصرف ثالثها إن سمى لكل دينار عددًا، ورابعها: عدله فقط لمالك مع ابن القاسم والعُتْبِيّ عنه والقاضي والتخريج على صرف الجزء.

المازري: مثله غير ذاكر كون الزائف يعدل كاملًا قال: والنقص في المعين على القول بتعيينه وعلى غيره كغيره، وعزا الثالث أيضًا لإسماعيل والجلاب.

الباجي: إن سمى لكل دينار عددًا والدينار جنس واحد انتقض عدده فقط اتفاقًا، وإلا ففي كونه مثله، ونقض الكل قولان للمشهور، والقاضي.

الباجي: وإن كانت الدنانير قرضًا فقال ابن القاسم: يرد أصغرها ويكمل مع الزائف ما يعدل تلك القرضة، وهذا على كراهة مالك قرض القرضة المضروبة، وعلى إجازته أَصْبَغ يجب أن يقرض منها بقدر الزائف هذا على قولنا بتعيين الدنانير بالعقد، وعلى قولنا لا تتعين يرد له قرضه بقدر الزائف.

قُلتُ: سمع القرينان جواز قطع فضل الدينار من المجموعة المقطعة غير مدورة

عن الثمن لمن لم يجد بدًّا، وابن القاسم كراهته وأَصْبَغ منه جوازه مطلقًا.

ابن رُشْد: ويكره في القائمة ولو اختلفت سكك آحاد عوضه، ففي نقض أجودها أو كلها نقلا المازري عن أَصْبَغ وسَحنون.

ابن رُشْد: إن اختلفت الدنانير انتقض الكل، وكذا اختلاف أصناف عوضه، الحلي اتفاقًا فيه، ولو اتحد صنف الحلي انتقض جميعه أيضًا إلا أن تستوي آحاده كاستواء الدنانير حتى لا يختلف الأغراض فيه، فيفسخ منه واحد فقط، ولو كان المعيب بعض الحلي ففي نقض الكل أو ما يعدل المبيع سماع عيسى ابن القاسم، من اشترى أسورة وجد برأس منها نحاسًا رد جميعها، ولو كانت مائة زوج، ولو فات بعضها رد ما بقي بقيمته، وسماعه أبو زيد: من ابتاع خلاخل وأسورة كثيرة جزافًا وجد بخلخال منها مسمار نحاس، انتقض ما في الخلخالين بما فيهما فحملهما الباجي والمازري على الخلاف.

الصقلي: الصواب سماع عيسى قال: والفرق بين الحلي والدنانير أنها لا تراد لأعيانها، ولا تختلف قيمتها، والحلي يراد لعينه فأشبه العروض التي لا يقع لكل عرض من حصته على العدد، وإن وقت له ثمن؛ بل بالتقويم، فلما كان جملة الثمن بجملتها أشبهت الدينار الواحد.

ابن رُشْد: سماع عيسى صحيح إذا لم تكن مستوية، وأمكن اختلاف الأغراض فيها، وإن كانت مستوية لا يمكن اختلاف الأغراض فيها رد ما به النحاس مع صاحبه فقط بمنابه من الثمن وعليه محمل سماع أبي زيد، فلا يكون اختلافًا، وقوله: (إن فات بعضها رد ما بقي) فيه نظر، والقياس إن كان ينتقض كل الصرف إن كانت قائمة أن تنتقض، ولو فات بعضها يرد ما بقي، وقيمة ما فات، ويأخذ جميع الدراهم إلا على ما ذكره عبد الحق عن بعض شُيُوخه فيمن اشترى عبدين هلك أحدهما وألفى الآخر معيبًا، رد المعيب بحصته من الثمن، ولو كان أرفعهما؛ لأنه لو رده وقيمة الهالك رد عينًا وأخذ عينًا بخلاف كون الثمن عرضًا، والقياس رد المعيب،وقيمة الهالك لانفساخ العقد برد المعيب، فلا يمضي التغابن في الفائت، وكذا مسألة الأسورة.

اللخمي: في جواز الصلح عن الزائف بعين أو عرض مطلقًا أو حتى يتفاسخا قولا محمد وابن شعبان مستشهدا بمسألة الطوق المشترى بدراهم اطلع على عيب به،

وفيه ثلاثة: أجاز ابن القاسم أن يرضيه على بقائه بشيء نقدًا، وأشهب: ومؤجلًا، ومنعه سَحنون بعد الفرقة، وهي جارية في الدينار، وتمامها في الصلح، وقول ابن الحاجب: وشرط البدل الجنسية والتعجيل خلافًا لأشهب فيهما.

يقتضي منعه بعرض مطلقًا، وليس كذلك؛ بل بشرط عدم يسارة العرض المعتبرة في البيع والصرف، ويقتضي عموم قول أشهب وغيرها، وليس كذلك؛ بل شرط الخصومة أن يوقعها بقرينة، ونوقض قولها: يصح الرضى بالزائف بعد المفارقة بقولها: يحنث من حلف ليقضين حقًا لأجل بأن بعد قضائه، إن بعضه زائف، وإن رضي. ويجاب بصحة تقرر، المناجزة بالزائف؛ لأن رضاه الآن وقوعًا بصرفه لوقت قبضه حكمًا إذ لو رضيه حينئذ صح، وامتناع ذلك في البر؛ لأنه لو رضيه حينئذ ما صح، وفيها لابن القاسم: إن ردت الدراهم لعيبها جاز تأخير عوضها إن ثبت الفسخ بينهما وإلا كرهته، ورأيته صرفًا مستقبلًا.

سَحنون: هذا الربا.

وفي شرط الفسخ بالإشهاد عليه أو الحكم به.

نقل الصقلي عن بعض القرويين وظاهر رواية أشهب، وسمع ابن القاسم: من ابتاع بدراهم مثقال ذهب غير مضروب رد لرداءته لا يعجبني إعطاءه به مثقالًا مضروبًا حتى يفسخ ذلك إذا فسخه فله أخذ ذلك أو دراهم.

ابن رُشْد: لم يبين من يفسخه.

قال أشهب: رضاهما بفسخه كفسخ السلطان، وقال محمد: المعتبر فسخ السلطان.

قُلتُ: فالقول بمجرد الإشهاد ثالث.

ابن رُشْد: وقول مالك: لا يعجبني على أصله إن البدل لا يجوز؛ لأنه إذا لم يجزه بمثله فأحرى بخلافه.

قُلتُ: ظاهر قوله: (لا يعجبني)، الكراهة وهو في المخالف فأحرى في مثله، والرضى بالزائف فرع جواز التعامل به.

ابن رُشْد: الدينار المغشوش بنحاس، وفيه منتفع به لا يحل بيعه ممن يعلم غشه به، ويكره ممن لا يؤمن غشه كالصيارفة وشبههم.

وفي إجازته ممن يجهل صنعه به وكراهته قول ابن وَهْب، وابن القاسم مع روايته في سماع عيسى معها، ويجوز بيعه اتفاقًا ممن يكسره أو يعلم أنه لا يغش به إلا على قياس قول سَحنون في نوازله من كتاب السلم.

قُلتُ: في عزوه الكراهة لسماع عيسى ابن القاسم نظر؛ لأن نصه: قال ابن القاسم: قال مالك: إن كان ممن يغر بها الناس كالصيارفة وغيرهم فلا أرى ذلك، وإن كان ممن يريد كسرها فلا بأس فقول ابن القاسم في القسم الثاني لا الثالث.

وظاهر لفظ: (لا أرى ذلك المنع الذي هو أشد من الكراهة) وما في نوازل سَحنون هو من تسلف درهم صفر فأفاته إن علم وزن ورقه، وصفره قضى وزنهما لا درهمًا مثله صفرًا يغر به الناس، وإن جهل وزنهما غرم قيمة الصفر ورقًا وقيمة الورق ذهبًا، ولو قل كخروبة من دينار، ثم يصرفانه ليأخذ ذو الخروبة ما يقع لها من الصرف.

ابن رُشْد: إلغاء سَحنون سكة هذا الدرهم خلاف ما قدمناه في سماع عيسى، وقياس قولهم فيه غرمه قيمته من الذهب على أن يباع ممن لا يغش به أو ممن يكسره على الخلاف في ذلك.

وسمع أَصْبَغ ابن القاسم: أنه يرد مثله صحيحًا في رداءته.

ابن رُشْد: فإن باعه ممن يخشى أن يغش به فما عليه إلا الاستغفار، وممن يغش به يجب رده إن قدر، فإن عجز ففي وجوب الصدقة بكل ثمنه أو بالزائد على قيمة بيعه ممن لا يغش به، ثالثها: لا يجب صدقته بشيء منه إلا استحبابًا، وتقدم توجيهها في التجارة بأرض الحرب.

قُلتُ: وجه فيه الأول: بأنه على عدم انعقاد البيع فيبقى على ملك بائعه فيجب رد مثله لمبتاعه إن علم، والصدقة به إن جهل كالربا.

والثاني: بأنه على فسخه في القيام وتصحيحه بالقيمة في الفوت.

والثالث: برعي القول بعدم فسخه في القيام وبيعه على مبتاعه.

وفي كون المردود؛ لأنه نحاس أو رصاص كنقص صفة أو قدر.

نقلا ابن بشير عن المتأخرين بناء على اعتبار تقدم قبضه، وكونه كالعدم لعدم النفع به، ونحوه مجرد عزو المازري الثاني لبعض المتأخرين، وسمع عيسى ابن القاسم: من

وزن دراهم عند غير مصرفها بعد وزنه إياها فوجدها تنقص، فأعاد الصراف وزن الدنانير فوجدها تنقص مثل نقص الدراهم انتقض من الصرف قدر نقص الدنانير إن كانت مجموعة.

ابن رُشْد: يريد: إن كان قدر النقص منها سواء في الوزن لا القيمة كما لو صرف ثلاثة دنانير بأربعة وعشرين درهمًا نقصت الدراهم ربع درهم والدينار ثمن مثقال، وهو ربع درهم يرجع الصراف على صاحبه بثلاثة أرباع درهم؛ لأن الواجب لثمن مثقال درهم عنده منه ربع في نقص الدرهم إن كانت الدراهم مجموعة، وإن كانت قائمة انتقض كل الصرف إلا أن تكون الدنانير مجموعة فينتقض ما يجب لتمام درهم يرد درهمًا، ويأخذ ما يجب لربع الدرهم الزائد على ما وجب لنقص الذهب، وذلك حبتان وربع حبة ذهبًا.

وقوله: (ينتقض كل الصرف إن لم تكن الدنانير) يريد: ما لم يعدل الدينار القائم منها تمام عدد من الدراهم فلا ينتقض غيره.

قال: وقوله: (إن كانت الدنانير مجموعة) كلام غير محصل، وصوابه إن كانت الدراهم مجموعة قال: وحمل الشُيُوخ المسألة على إن نقص الدنانير مثل ما يجب لنقص الدرهم.

وقال: (في المسألة نظر) ولا ينقض من الصرف شيء إذا لم يبق لأحدهما على الآخر شيء.

وفيها: لابن القاسم أرجو جواز بدل الزائف من الفلوس يبتاعها بدراهم لقول مالك: التأخير فيها مكروه ليس بحرام بين.

قُلتُ: ويلزم مثله في زائف من الدراهم العوض عنها.

سند من أجرى الفلوس مجرى النقدين منع فيها البدل، وما عاد ليد دافعه قرب صرفه فيها كاليومين إن آل التأخير صرف منع، وإلا جاز.

فيها إن صرفت دينارًا بدراهم، ثم تسلفتها منه ودفعتها له في الدينار أو تسلفتها ثم صرفتها؛ لأنه ذهب بورق لأجل فأخذ منه المازري وابن بشير لزوم الأجل في مطلق القرض على دافعه بقدر ما يرى إنه أريد به، وفيه خلاف.

وفيها لمالك: إن صرف منك دينارًا من لك عليه نصفه دراهم فقضاكها جاز؛ لأنه لو أعطاكه لتعطيه نصف دراهم جاز، والتهمة الراجحة على التأخير كتحققه على المشهور.

فيها: إن قلت لمن لك عليه عين صرفها وجئني بصرفها فلا خير فيه لتهمته أنه ترك له الدراهم يومين على أنه يعطيه كذا وكذا أو يكون تأخيره إلى أن يشتري له فيكون سلفًا جر نفعًا وكأنه أوجب عليه دنانير حتى يعطيها فصار صرفًا مؤخرًا.

ولو صرفها من غيره ببينة فنقل ابن بشير عن عبد الحق عن المذهب عدم جوازه.

اللخمي: إن صرفها ببينة لزم الأمر، وإلا ففي كونه كذلك، ولزومه المأمور قولان من قول أشهب من قاله لمدينه: اعمل بما لي عندك قراضًا الربح بينهما، وقول ابن القاسم: الربح للعامل والأول أحسن لضعف التهمة فقبله المازري، وقال: النكتة فيه إجراءه بعض الشُيُوخ على القولين فيمن أمر أن يخرج من ذمته لأمانته، وتعقب ابن بشير تخريج اللخمي بتكثير موجب الفساد في الصرف؛ لأنه تهمتاهما على تأخيره رجاء زيادته في العوض وعلى التأخير في الصرف وفي القراض الأول فقط يرد بأن الأمرين في الصرف على البدلية لا المعية فلا تكثر، وبأن الزيادة في القراض المحكوم بفسخه محققة، وفي الصرف مقدرة.

ابن بشير: في قوله: (إن صرفها ببينة) صح، وأخذ الطالب العوض نظر؛ لأن البينة لا ترفع حكم القصد إلى سلف جر نفعًا؛ لأنه حصل مراد الطالب من ثواب المطلوب بالصرف، وحصل للمطلوب ما يمكن أنه أراده من التأخير، وإنما رأى ما في الروايات، وكلام ابن عبد الرحمن في المطلوب يدفع للطالب ما يصرفه أو يبيعه ليستوفي منه حقه أنه يمنع ابتداء، فإن وقع وقامت البينة عليه صح، وفرق عبد الحق بين هذه والأولى، بأن المنفعة في هذه للمطلوب لا للطالب.

وعلة المنع إنما هي خوف أن يصرفه من نفسه فثبوت الصرف من غيره في هذه يرفع علة المنع، وفي الأولى يحققها.

قال الأشياخ: ولو أمر الطالب المطلوب بصرف ما في ذمته أو بيعه فقط، ثم ضاع إن ثبت ببينة جرى على الخلاف فيمن أمر أن يخرج من ذمته لأمانته هل يرفع الضمان أو

لا؟

قُلتُ: ظاهره أو نصه وجود الخلاف في تضمينه مع قيام البينة، ونص ابن القاسم في ثاني سلمها على عدم ضمانه إن ثبتت بينة بإخراجه من ذمته لأمانته، ولا أعرف فيه خلافًا ولا يشبته قول.

عياض: ضمن ابن القاسم ويحيي بن عمر المسلم إليه في كله في غرائرك، وإن قامت بينة بالكيل؛ لأن هذا في نفس ما في الذمة والمنكر وجوده في عوضه، الأول: من تبدل النيَّة مع بقاء اليد في اعتباره خلاف، والثاني: من تبدل النيَّة واليد لا أعلم في اعتباره خلافًا، وفرق اللخمي بين المسألتين، وقال عياض: فرق بعضهم بينهما بفروق معلومة وجعلوها أصولًا مختلفة.

فإن قلت: يشبته نقل عياض مع قوله في مسألة اللؤلؤ جعلوا قوله كله في غرائرك من هذا، وأنه قول آخر خلاف ما هنا، فمن جعله مثله يقول بضمانه في الشراء، وإن قامت بينة لقول ابن القاسم في كله في غرائرك؛ لأن المتساويين إذا زيد عليهما متساو لم يزالا متساويين وكذا المتماثلان.

قُلتُ: يرد بأن البينة في كله في غرائرك ثبت مختلفًا في اعتباره، وهو تبدل النيَّة مع بقاء اليد، وفي الشراء متفقًا على اعتباره وهو تبدل النيَّة واليد، وبه يتبين عدم التساوي والتماثل والمختلفان جائز اشتراكهما في لازم معين، وظاهر كلام الصقلي الاتفاق على جواز بيعه بالبينة على كيله إن كان طعام سلم، وحق الله آكد من حق العبد.

قالوا: وللمطلوب أجره في الصرف والبيع؛ لأنه دخل على عوض فاسد، وهو التأخير فكان له أجر المثل.

ابن بشير: إن حصل التناجز ثم أودع أحدهما الآخر ما قبضه منه منع إن لم يعرف بعينه لتهمتهما على قصد التأخير، وإن عرف بعينه صح الصرف، ولم يضره إيداعه، ومسألة الطوق في الكتاب محمولة على أنه لم يقبض، ولو قبضه وأعاده وديعة جاز، وكذا ينبغي فيما لايعرف بعينه إذا طبع عليه.

وفي كون التهمة المحتملة كذلك، ثالثها: الكراهة لنقل الصقلي عن محمد: (إن أعطى من عليه دراهم من هي له دينارًا ليصرفه، ويقتضي صرفه لم يجز، ورد الدينار،

وطلب دراهمه إلا أن تقوم بينة على صرفه من غيره لربه).

والمازري مع اللخمي عن سماع أبي قرة: لا بأس به، وقولها: لا يعجبني ذلك خوف حبسه فيصير مصرفًا من نفسه.

الصقلي عن محمد: روى ابن القاسم كراهة أن يعطي دينارًا من له عليه نصفه ليصرفه، ويستوفي حقه، ويأتي بنصفه ثم إجازته، وبها أخذ ابن القاسم قائلًا: لو كان له عليه دراهم لم يجز، وهذا في الدينار والكثير لا خير فيه.

العتبي: سمع ابن القاسم: من أعطى من له عليه نصف دينار ليصرفه فيأخذ نصفه ويأتيه بنصفه لا بأس به.

ابن القاسم: وقال لي قبل ذلك: لا خير فيه وهذا في الدينار أحب إليَّ وأخذ فيما كثر من الدنانير بقول مالك لا خير فيه.

ابن رُشْد: مثله.

قولها: فيمن أعطى من له عليه دراهم دنانير ليصرفها ويستوفي حقه منها خوف أن يصرفها من نفسه فيكون رب الدينار مخيرًا في إمضاء ذلك.

قُلتُ: قوله: مثله قولها... إلخ: يدل على أنه حملها على التحريم لا الكراهة وظاهرها الكراهة حسبما مر، ولا يضر تعليلها لخوف التحريم؛ لأن خوف الخيار ليس كالخيار؛ بل تهمتهما عليه ضعيفة؛ لأن ما يؤدي إليه هما قادران عليه، وهو أخذ الدينار ابتداء صرفًا عن ما في ذمته.

قال ابن رُشْد: وأجاز فيها إعطاء مدين من له عليه ثمن طعام ما يبيعه غير طعام ليستوفي حقه من ثمنه ومن له عليه ثمن سلعة ما يبيعه مما ليس من صنفها أكثر منها لذلك خوف أخذه الطعام أو ما هو من صنف السلعة أكثر منها فيؤول لبيع طعام بطعام نظرة وسلف بزيادة، ولم يراع خيار الدافع في ذلك إن أخذ ما أجيز دفعه لنفسه فيدخله أخذ سلعة بخيار عن دين، وبه تعقبها سَحنون.

وأما إن دفع لمن له عليه نصف دينار دينارًا ليصرفه فيأخذ نصفه ويأتيه بنصفه فاختلاف قول مالك فيه بناء على اعتبار ما ترتب في الذمة فيكون دفعه قضاء وتوكيلًا على صرف باقيه واعتبار ما يوجبه الحكم فيكون صرفًا لبعضه وتوكيلًا على صرف

باقيه، فيؤول لصرف بعض الدينار، فإن أعطاه دينارًا أخذ منه صرف نفسه جاز اتفاقًا، وإن ترك نصفه أمانة جاز على الأول؛ لأنه قضاء وإيداع لا على الثاني؛ لأنه صرف بعض، وكذا إن ترك نصفه قرضًا؛ لأنه على الأول قضاء وسلف وعلى الثاني صرف وسلف.

قُلتُ: فيها: إن دفع مبتاع سلعة بثلثي دينار لبائعها دينارًا. قال: استوف منه ثلثيك ودع ثلثه عندك انتفع به فلا بأس به إن لم يكن بينهما عند البيع إضمار ولا عادة.

وسمع القرينان: من تسلف عشرة دراهم رهن فيها دينارًا لا يذكر صرفًا أكره صرفه منه بالغد، وليرد دراهمه، ويأخذ ديناره.

ابن رُشْد: لأن تركه عنده إطماع ووعد على صرفه، واعتبار السلامة فيه من الغرر لازم سمع عيسى ابن القاسم منع شراء جملة دراهم بعضها ثلاثة وعشرون درهمًا بدينار وبعضها اثنان وعشرون به حتى يعلم قدر هذه من هذه، وسمعه أبو زيد يجوز شراء تبر وقراضة، وذهب بدراهم.

ابن رُشْد: في هذا نظر إذ لا يجوز بيع التبر والقراضة، والذهب المسكوك، صفقة واحدة وزنًا بدراهم دون علم وزن كل منهما وحده فمعناها أن (الواو) بمعنى: (أو).

قُلتُ: فيدخله غرر بيعتين في بيعة ولا يصح على غير الإلزام لامتناع الخيار في الصرف إلا أن يريد أنها في صفقات، ويؤيده تفسير قوله في السماع: إن وجد درهمًا زائفًا انتقض وزن دينار بقوله: إنما يعود هذا على شراء الذهب المسكوك وحده، وأما في شراء التبر أو القراضة، فينتقض ما يجب للدرهم فقط.

وفيها: من اشترى دراهم بين يدي رجل ونقد البلد مختلف فيه لم يجز.

اللخمي: إن غلبت سكة على غيرها صح وقضى بها؛ لأنا نقضي بالعادة ونقله القرافي عن سند فقط.

وفي استحقاق أحد عوضيه بعد عقده صحيحًا أربعة طرق:

اللخمي: استحقاقه معينًا بذاته كالمصوغ أو تعيين كنقد عين في العقد فسخ، ولو قبل التفرق يبيح تراضيهما على ابتداء صرف، ولو بعد التفرق وغير المعين قبل الفرقة إن حضر بائعه، نقد مثله، لزم تمامه به من أباه،وبعدها على منع البدل لا يجوز لهما إتمامه،

وعلى إجازته يلزم الآبي منهما تمامه.

قُلتُ: يريد: والمثل حاضر.

المازري: مثله قائلًا: في النقد المعين، هذا على القول بتعيينه، وعلى لغوه كغير معين، وقال فيه قبل الفرقة كاللخمي، وبعدها قال: يفسخ إلا على لغو تأخير الغلبة فيلزم الآبي تمامه.

ابن شاس: لا ينتقض صرف مسكوك باستحقاقه حين عقده إلا أن يعين فيجري على الخلاف، وبعد الفرقة والتراخي.

في الكتاب الفسخ في غير المعين إلحاقًا لما بعد العقد به فلم تحصل المناجزة. وقال أشهب: يأتي بالمثل ويصح الصرف.

قُلتُ: ولابن الكاتب طريق رابعة.

وفيها: إن صرفت دنانير بدراهم فاستحقت الدراهم بعينها انتقض الصرف، وقال أشهب: إن كانت بأعيانها أراه إياها، وإن لم يره إياها إنما باعه من دراهم عنده لزمه إعطاؤه مثلها مما بقى عنده.

سَحنون: هذا ما لم يفترقا.

وفيها: إن استحقت ساعة صارفه؟

قال: إن افترقا أو طال، انتقض الصرف، وإلا فلا بأس به يعطيه مثلها.

الصقلي: يريد بتراضيهما كما في المَوَّازِيَّة قال: وتعقبه ابن عبد الرحمن بأنه لو كان بتراضيهما لكان كذلك بعد الطول.

قُلتُ: أجاب المازري بأن رضاهما متعلق بالعقد الأول لا مستقل دونه، وقبل الصقلي قول ابن الكاتب، إنما الخلاف إن استحق قرب العقد، فابن القاسم يلزمه الخلف مما عنده مطلقًا للغوه التعيين وأشهب وسَحنون ما لم يعينا النقد لاعتبارهما تعيينه، وإن طال بطل اتفاقًا منهما.

قُلتُ: في قبول قوله نظر؛ لأن ظاهر لفظ المدَوَّنة أولًا إن قول ابن القاسم وأشهب في مسألة واحدة، فإن حملت على القرب، وهو نص سَحنون كان قول ابن القاسم فيها:

انتقض الصرف خلاف نقل ابن الكاتب عنه، وإن حملت على الطول كان قول أشهب فيها لزمه إعطاء مثلها خلاف نقل ابن الكاتب اتفاقهما بعد الطول على بطلانه، وإن قيد قول ابن القاسم بها بعد الطول، وقول أشهب بالقرب لم يكن بينهما خلاف، وقد نص ابن الكاتب على الخلاف بينهما، وقول ابن القاسم فيها أولًا انتقض الصرف، وقوله ثانيًا لا بأس أن يعطيه مثلها متناقض إن حمل قوله فلا بأس على عدم توقفه على رضى الآخر كما أشار إليه ابن عبد الرحمن، ولا يستقيم لفظها إلا بتوقفه على رضاه مع جواب المازري.

وفيها: لمستحق خلخالين بيعا بدنانير إمضاء بيعهما إن حضرا، وقبض الدنانير من بائعها أو مبتاعها حين إمضائه، ولو بعد افتراق البائع والمبتاع، ولو بعثهما مبتاعهما لبيته لم يجز، ولو كان بقرب عقدهما، وقال أشهب: مثل قوله، وقال: إنما هو استحسان والقياس فسخه؛ لأنه حين باعهما كان لربهما فيهما الخيار، فانعقد البيع على خيار، ولكني استحسنت إجازته؛ لأن هذا لا يجد الناس منه بدًّا، ولأنهما لم يعملا على هذا، باع البائع ما يرى أنه له،وعليه اشترى المبتاع فذلك جائز لا بأس به.

قُلتُ: حاصله أنه حكم بالجواز مبينًا إسناده إلى دليل هو الاستحسان الراجح على القياس المقتضي للمنع، ومن نظر،وأنصف، علم أنه لم يقل بمنعه بحال؛ بل قرر أن دليل المنع فيه وهو القياس عارضه راجحًا عليه دليل الجواز، وهو الاستحسان فقول سند: إن طال المجلس بعد العقد، والحلي حاضر، أجازه ابن القاسم كأنه إنشاء، ومنعه أشهب للخيار، إن كان لنص لأشهب على منعه في غير المدَوَّنة فواضح، وإن كان لقوله في المدَوَّنة فليس كذلك حسبما بيناه.

اللخمي: على عد عقد الخيار إذا أمضى يوم نزل، يجوز إمضاؤه بأخذ ثمنه من بائعه مطلقًا، وهو قول أشهب في عبد بنى بحرة تزوجها بغير إذن ربه ثم زنت، إن أمضى ربه نكاحه رجمت.

وقوله: القياس الفسخ خلاف قوله في العبد وهو الصواب؛ لأنه حكمي فيهما.

ابن بشير: قول سَحنون في بيع مودع طعام، الطعام بتمر، لربه إمضاؤه، هذه خير من مسألة الخلخالين يقتضي صحة إجازة رب الخلخالين صرفهما بعد التفرق

كتخريج اللخمي.

قُلتُ: نقل عياض عن سَحنون صريح الجواز في الخلخالين دون حضورهما وناقض بعضهم قول ابن القاسم في الطعام بقوله في الخلخالين وأجاب ابن الكاتب بأن الطعام ضمنه المتعدي فصار في ذمته، وبائع الخلخالين غير ضامن لعدم تعديه، وأكده ابن محرز بقول محمد: من غصب خلخالين فصرفهما أو راطلهما، وفاتا، لربهما إمضاء البيع وأخذ الثمن.

المازري: قول ابن القاسم في الخلخالين مطلق غير مقيد بغاصب أو غيره.

قُلتُ: مقتضى فرق ابن الكاتب وقبوله ابن محرز تقييده بغير الغاصب لذكرهما عدم تعديه، ويصح إطلاقه فيهما؛ لأن ظاهر المسألة بقاء الخلخالين، وهو يوجب عدم تعلقهما بذمة بائعهما مطلقًا، وأشار إليه عياض؛ لكن مقرونًا بعدم التعدي في نقله جواب ابن الكاتب، غير معزو ولا يحتاج إليه، ولما ذكر الجواب قال ما نصه: قال أبو عمران: يمكن أن يكون بائع الخلخالين أودع الثمن حتى جاءه المستحق فأجاز البيع وأخذ الثمن أو مشتريهما أودع الخلخالين فأجاز المستحق البيع فلذلك جاز، ويكون تمادي يد البائع عنده قبضًا لهما بعد إجازة البيع وقبض الثمن ولا يحتاج فيه إلى تجديد قبول المشتري إذ يد المودع كيده، وهو في نفسه متماد على الشراء فأغنى ذلك عن تجديد القبول.

قُلتُ: ظاهره إن كلام أبي عمران جواب عن المناقضة التي ذكر، ولا يتقرر جوابا عنها بحال، وفي تقرره جوابًا عن تعقب يذكر نظر، وهو تعقب ابن محرز والتونسي، قولها بأن إمضاء المستحق إن كان ابتداء عقد توقف على رضى المشتري، وإلا جاز في غيبة الخلخالين.

زاد التونسي على أنه ابتداء يلزم وقفه على فسخ الأول.

قُلتُ: وفي هذه الزيادة نظر؛ لأنه إنما يلزم فسخ الأول حيث يوجب عدم فسخه مع ما حدث بينهما صرفًا مستأخرًا أو تتميم فاسد، ولا شيء منهما هاهنا.

التونسي عن الموَّازية: لو أمضاه في غيبة البائع، وطاع المبتاع، بدفع ثمنه ليرجع به على بائعه جاز.

قُلتُ: هو ظاهرها وقول ابن الحاجب: لو استحق المصوغ انتقض مطلقًا ثم إن كان لم يخبر المصطرف فللمستحق إجازته على المشهور فيهما بناء على أن الخيار الحكمي ليس كالشرطي.

نص في أن المشهور أن الخيار الحكمي ليس كالشرطي، وظاهر في عدم اشتراط حضور الخلخالين، وما تقدم من نصوص الأشياخ ولفظ المدَوَّنة خلافه.

وفيها: استحقاق عرض أخذ عن أحد عوضي الصرف يبطله، وفي استحقاق لو استحق ما صرف ثمنه من مبتاعه.

وفيها: لابن القاسم: من قال لمن صرف منه دينارًا استرخصت، فزدني، فزاده درهمًا نقدًا أو مؤجلًا جاز.

الصقلي وعبد الحق عن إسماعيل القاضي: إن زاده خوف نقض الصرف لمعنى ما بطل، وقد قال عبد الملك: إن وضع بائع شيئًا من رجلين لأحدهما من ثمنه ما يشبه إصلاح البيع فهو بينهما وإلا فهو هبة.

قُلتُ: مثله في مرابحتها، وفي تمسكه به نظر؛ لأنه إنما يدل على أن الهبة لأجل البيع المشترك بينهما؛ لأن العقد وقع عليهما، ومن يصحح تمسكه يلزمه تناقض صرفها ومرابحتها.

وفيها: إن وجد الدرهم معيبًا لم يرده، وإن رد الدينار بعيب رد الدرهم؛ لأنه هبة لتمام الصرف لا صرف، وكذا في البيع والسلم التونسي في الموَّازيَّة إن وجده زائفا أبدله.

قُلتُ: ظاهره أن هذا القول عنده في مسألة الكتاب وظاهره زاده معينًا أو مبهمًا، وقال هو واللخمي وعبد الحق عن بعض شُيُوخه: إن أوجب له درهمًا غير معين فعليه بدله إن وجده زائفًا.

الصقلي وعبد الحق: روى أشهب: إن قال نقصتني عن صرف الناس فزاده درهمًا إن وجده زائفًا فعليه بدله ولا ينتقض به الصرف وينتقض برد زائف مما قبض أولا ونحوه.

قال الشَّيخ والقابسي في قوله نقصتني: من صرف الناس فألحقني بالصرف فكأنه شيء أوجبه على نفسه ولما ذكر المازري مقتضى قولهم إن التزم زيادة معين لم يلزمه بدله

وغير المعين يلزمه بدله قال فيها: ما يمنع هذا التفصيل، وهو قولها: إن زاده درهمًا نقدًا أو مؤجلًا لم يلزمه بدله إن وجده زائفًا مع أن زيادته له مؤجلا يقتضي كونه غير معين وقول اللخمي والمازري إن رد الصرف لفساده ردت الزيادة وقولها إن رد الدينار لعيب ردت الزيادة ينافي قول اللخمي: تجوز زيادته قرضًا؛ لأنه إن كان لتمام عقد الصرف فهو سلف جر منفعة وإلا لم يرد، ويجاب بأن الممنوع السلف لإحداث نفع مقارن أو لاحق، والسابق يستحيل كونه جره سند الزيادة هبة لأجل العقد إن مات واهبها قبل قبضها بطلت، وكذا إن استغرق الدين ماله أو كان وكيلًا عن غيره.

قُلتُ: لا يبطل في الوكيل مطلقًا؛ بل يمضي إن كان لمصلحة البيع.

وفيها: من صرف دراهم بدينار ممن له عليه دينار فطلب مقاصته به فأبى، وقال: إنما دفعت الدراهم لأقبض الدينار الساعة. قال: لم أسمعه وأرى إن تناكر أن يعطيه دينار الصرف ويطلبه بديناره.

عياض: اعترضها سَحنون، وقال: هي على غير أصل لكسرها نظائره.

ابن محرز: هذه تدل على عدم شرط إحضار نقد الصرف وتعيينه وبطلان تعليل مسألة السلف باقتضائه بدل الزائف، وفرق ابن القاسم بين الصرف وغيره الواجب فيه المقاصة لاقتضاء الصرف التناجز فهو كشرط عدم المقاصة، وتعليله بعضهم بأن المناكرة تقتضي الطول المبطل للصرف، أجنبي عما سئل عنه؛ لأنه عن حق آدمي لا حق الله تعالى.

قُلتُ: وبأن المناكرة ليست خاصة تمنع المقاصة؛ بل عروضها لها أبين.

اللخمي عن محمد عن أشهب: له مقاصته ولو كره؛ لأنه لو رفع لحاكم حكم بها، ولو كان عليه غرماء ما لم يفلس.

اللخمي: ليس في كلام ابن القاسم ما يرد قول أشهب، ويحمل قوله: إذا تناكرا على إنكار الدين قال: ولو شرط في صرفه عدم مقاصته، وفي لزوم الشرط، ثالثها: يفسد صرفه لمقارنته السلف، وليس بالبين؛ لأن عدم المقاصة لا ينافي طلبه عقب المناجزة، وعزا المازري الثاني لرواية أشهب، والثالث لابن القاسم قال: وقال أصبغ: هو جائز؛ لأن تركها لا يستلزم سلفًا.

ابن رُشْد: لو طلب من ابتاع شيئًا بائعه بمقاصته في ثمنه ففي القضاء له بها قولان للمشهور مع ثاني نكاحها وسلمها، ورواية زياد مع قول صرفها، وعلى الأول: لو باع بشرط نفيها ففي لغوه ولزومه، ثالثها: فساد البيع إن كان الدين حالًا لسماع القرينين، وقول ابن كنانة مع ابن القاسم في المدنية، وحمل عليها قول صرفها؛ لأنه على التناجز وابن القاسم؛ لأنه بيع وسلف وخففه أَصْبَغ إن لم يضرب للدين أجلًا، ولم يشترط إلا يقبضه، ذلك اليوم.

زاد عنه ابن حارث: ويدفع الثمن ويقوم بحقه مكانه الصرف والبيع في جوازه، ومنعه ثالثها بقيد التبعية لأشهب مع اللخمي، عن رواية محمد: جواز بيع مائة ثوب كل ثوب بدينار إلا ثلاثة دراهم، وسماع عيسى رواية ابن القاسم: لا يجوز صرف وبيع ولا نكاح وبيع، والمشهور، ونص ابن بشير وابن شاس، وظاهر قول الأكثر، أنه لا يمنع مطلقًا، ولذا قال ابن رُشْد: معنى قوله: لا يجوز في الكثير؛ لأن مذهبه في المَدَوَّنة، وغيرها إجازته في اليسير.

قُلتُ: ظاهر جمعه في السماع مع النكاح والبيع منعه مطلقًا، ولذا قال في السماع: إن وقع وأدرك رد كله، وإن فاتت السلعة بحوالة سوق لزمت بقيمتها يوم قبضها ورد الورق والذهب.

وفي كون المنع على التحريم فيفسخ أو الكراهة قولان للسماع المذكور مع قبوله.

ابن رُشْد، والموَّازية، وقوله في الأجوبة: وعلى المشهور إن كانا في دينار واحد ففي جوازه مطلقًا أو إن كان الصرف نصفه فأقل، ثالثها: إن كان ثلثه فأقل، ورابعها: إن قل جدًا كدرهم يعجزه أو كون الدينار يزيد أو الدرهم فالكسر لا يجوز، وخامسها: كالدانقين لغير واحد عن ابن حبيب مع الباجي عنها، واللخمي مع الصقلي عن ابن القاسم: إن كان الورق أكثر من الدنانير لم يجز، والمازري مع الباجي عن ابن القاسم، والمازري عن القاضي ونحوه للخمي عنه وابن بشير، ومفهوم أنقالهم غير ابن بشير والباجي على الثاني: إن كانت السلعة أربعة أعشاره، وعلى الثالث: إن كانت ثلثه، وعلى الرابع: في لفظ غير اللخمي إن كانت كدرهم منعه في الجميع، ونقل ابن بشير والباجي.

إن حد اليسير في الصرف مثله في البيع.

زاد ابن شاس عقب ذكره قول القاضي: قال المتأخرون: وكذا الحكم في بلد يتعامل فيه بالرباعية كصقلية، وحكاه القاضي أبو الوليد عن بعض الصقليين، وإن كانا في أكثر من دينار ففي تبعية الصرف بكونه أقل من دينار أو دينارا فأقل المشهور، وقول الصقلي عن غير واحد من أصحابنا عن ابن حبيب، وأراهم تعلقوا بقوله ذلك جائز في الدينار الواحد.

قُلتُ: الدراهم أو كثرت ولا حجة فيه إلا أن يكون له قول غيره، ونحوه للمازري وقول ابن الحاجب: إن كان البيع أكثر من الثلث لم يجز اتفاقًا إلا في أقل من دينار بناء على رد هذا النقل عن ابن حبيب.

وفي قصر الجواز على تبعية الصرف وعمومه فيه، وفي تبعية البيع له نقلا الصقلي عن ظاهر قول ابن حبيب، والمعروف في كون تبعية البيع كالصرف أو بكونه في ثلث الصفقة قول ابن شاس ونقل ابن محرز عن بعض المذاكرين مع المازري، عن بعض المتأخرين محتجًا به في السيف المحلى وشرط الثمرة قبل الزهو في الكراء، ولم يحك الباجي والصقلي غير الأول، ولو كان كل مقابل الذهب ورقًا ومقابل الورق بعضه بيع جاز إن كان الذهب أقل من دينار، ومنعه بعض المتأخرين لعدم الضرورة؛ لأن شرطها الشركة في دينار ونحوه قول ابن عبد السلام، مذهب المدَوَّنة عندهم لا بد أن يشترك البيع والصرف في دينار، ويرد بقولها إن اشترى ثوبًا وذهبًا بدراهم نقدًا جاز، إن كان الذهب يسيرًا لا يكون صرفًا، وإن كان الذهب كثيرًا فلا خير فيه، وبقولها أصل قول مالك: إن كانت سلعة وفضة بسلعة وذهب والذهب أو الفضة يسير جاز نقدًا، واستشعر ابن عبد السلام النقض بقولها الأول فقال: على أن فيها ما ظاهره أنه لا يشترط الشركة في دينار، ولكن بشرط اليسارة جدًا فذكر المسألة الأولى كما نقلناها، وليس فيها إلا لفظ يسير لا بزيادة جدًا، واليسارة شرط في كل صور اجتماع البيع والصرف فلا اختصاص لهذه الصور به بحال،ومعنى لا يكون صرفًا؛ أي: مقصودًا.

فإن قلت: قوله لا يكون صرفًا هو معنى نقل ابن عبد السلام جدًا قلت: ليس هو معناه: لوجهين:

الأول: قوله في لفظها: إن كان الذهب كثيرًا فلا خير فيه.

مفهومه: إن كان يسيرًا جاز لا بقيد: جدًا.

الثاني: أنه أطلق في المدَوَّنة لفظ لا يكون صرفًا على مطلق اليسارة المعتبرة في الجواز العام لا بقيد كونها جدًا فتنافي ترجمة نصها: في الذهب والورق بالذهب.

قُلتُ: إن اشتريت فضة وسلعة بذهب؟

قال: إن كانت الفضة قليلة حتى لا يكون صرفًا لا مطلق اليسارة العشرة الدراهم وشبهها فلا بأس به.

والمذهب إن وجوب المناجزة في سلعة البيع والصرف كنقده.

اللخمي: رأى بعض شُيُوخي أن القياس جواز تأخير السلعة كما لو انفردت وأبقى البيع على جواز تأخيرها فيه والصرف على لزوم مناجزته. قال: البيع للصرف كما لم يرد للبيع، وضعفه المازري بأن التحريم يغلب على التحليل المقارن له في عقد، ويرد بأن ذلك فيما ثبتت حرمته، والبيع مع الصرف ليس حرامًا، وإن أراد بالمحرم تأخير المبيع فهو مصادرة. والحق لزوم قول السيوري: إن كان الصرف تابعًا ومعروف المذهب في عكسه للغو حكم التابع المنافي حكم متبوعه.

وفيها: من دفع لمن ابتاع منه سلعة لأجل بنصف دينار دينارًا ليرد عليه نصفه دراهم نقدًا لا خير فيه؛ لأنه صرف فيه سلعة تأخرت.

اللخمي: لما كانت البيعة الأولى لأجل اتهامهما على أنهما عملًا على ذلك، ولو سلما عنده من التهمة جاز؛ لأنه قضاء وصرف.

قُلتُ: يرد بلزوم فسخ البيع، وظاهرها عدمه؛ بل موجب منعه عدم الحق بعقد كواقع فيه، وبسماع ابن القاسم: من ابتاع بنصف دينار قمحًا فدفع دينارًا أخذ نصفه دراهم، وفارقه ليأتي بمن يحمل الطعام لا أراه؛ لأنه صرف.

ابن رُشْد: لأن ما انضاف من بيع للصرف مثله في وجوب المناجزة، ومثلها قولها فذكر مسألة الكتاب.

قُلتُ: فلو صح قول اللخمي لجازت مسألة العتبية؛ لأنها بيعة نقد.

ابن رُشْد: ولو كان الصرف من الدينار درهمًا أو درهمين جاز على رواية أشهب،

وقوله فيها خلاف قول ابن القاسم وروايته، ولو اشترى السلعة بنصف دينار لأجل فلما حل أعطاه دينارًا وقبض صرف نصفه نقدًا جاز.

قُلتُ: قال المازري في هذه المسألة: ينبغي أن يمنع؛ لأن الأولى بيعة أجل توجب التهمة لا فرق بين تصورها في العقد أو عند حلول الأجل. واختلف فيمن باع سلعة بعشرة دنانير لأجل لما قضاها زادت فأخذ عن زيادتها ورقًا فأجيز في قول لقلة الورق، ونهي عنه في قول للتهمة في بيع الأجل، واختلف في هذا لو كان قرضًا؛ لأنه معروف.

قُلتُ: قوله هذا بناء على صحة قول اللخمي وقبوله، وسمع ابن القاسم: من اكترى دابة بنصف دينار ودفع دينارًا للمكري وأخذ نصفه دراهم فلا بأس به.

ابن رُشْد: وقعت هذه في بعض الروايات وهي خلاف أصل ابن القاسم في منعه أخذ منافع عن دين، ومقتضى أصله: منعها؛ لأنه صرف مؤخر لتأخر الركوب، وجارية على قول أشهب بجوازه واختلف قول مالك في ذلك في سماع ابن القاسم في كتاب الرواحل، واختار ابن القاسم إجازته خلاف أصله واختاره محمد.

قُلتُ: ومسألة تكرر السؤال عنها قديمًا وحديثًا أجازها بعض أهل الفتوى ومنعها بعضهم وهي مسألة شراء الحالوم في إناء يحمله فيه بنصف درهم على أن يرد عليه نصفه، منعه بعضهم لتأخر منفعة الحمل في الآنية، وخففه بعضهم ليسارته وتبعيته وهي أخف من مسألة الدابة؛ لأن منفعة الدابة هي كل المبيع ومنفعة الإناء تبع للمبيع المنقود.

وفي بيع طعام بطعام من غير جنسه مع عرض، وجوازه بقيد التبعية قولا بعض شُيُوخنا، وغيره منهم مفرقًا الأول بينه وبين الصرف بيسر قسم الطعام دون الدينار، وقال المازري: في علة منع البيع والصرف طرق:

ربيعة: لعدم مناجزته لاحتمال نقضه بعارض غيره عيب السلعة.

الأبهري: لجهل منابه باحتمال استحقاق السلعة فيجب القبض مناب الصرف فيه مجهول حين عقده، ونقضه المازري بجواز سلعتين صفقة.

القاضي: لتنافي حكمي الصرف والبيع لزوم المناجزة وجواز التأخير.

المازري: ويلزم عليه منع طعام وسلعة بطعام.

قُلتُ: الظاهر جوازه دون قيد التبعية لظاهر قول ابن القاسم في سلمها الأول إذا بيع طعام بطعام فكل شيء ضم مع أحد الصنفين أو معهما في صفقة لم يصلح تأخيره.

ولقوله في قسمها: أصل قول مالك: جواز بيع النخل مع ما بها من رطب أو تمر بطعام إن جذ ما في النخل وتقابضا قبل التفرق ولا يعارض بقولها في أكرية الدور وكره مالك شراء شجر فيها تمر بطعام نقدًا؛ لأن اللخمي قيدها بعدم الجد، قال: لأن ابن القاسم قال فيها: الجائحة وإن كانت يابسة والجذ على المشتري جاز.

اللخمي: عيب السلعة أو أحد النقدين في البيع والصرف في دينار ينقض القيام به كل الصفقة، ولا يفيت العرض حوالة سوق إلا أن يكون المعيب غيره وهو غير يسير؛ لأن يسير العيب يرد ما معه والمعيب لا يفوت بها.

وعلل المازري نقض الجميع بعيب بالدراهم بأنه يوجب رد الدينار فيجب رد العرض؛ لأنه حكم له بحكم الصرف، وقد استحق على قابض الدينار بعضه، يريد فيصير إمضاء البيع فيه صرفًا لبعض الدينار قال: ولو كان العرض الأكثر بحيث يسقط مقال قابضه، وحكم له بحكم نفسه لا بحكم الصرف، ورضي قابض الدينار بالشركة فيه لم يجب رده عندي.

قُلتُ: اعتبار الرضى في الشركة في الدينار لغو، إنما الشركة ضرر في ذوات القيم، قال اللخمي: ولو اشترى، عرضا، بنصف دينار فأخذ دينارًا أخذ نصفه دراهم فظهر بالدينار عيب رد وبقي البيع بحاله، ولو ظهر بالدراهم، انتقض صرف نصفه، وبقي نصفه قضاء، ولو ظهر بالعرض انتقض الجميع إلا على جواز صرف جزء الدينار.

لما ذكر المازري نقض الصرف فقط لعيب الدراهم قال: ولمالك ما يقتضي نقض البيع أيضًا واستبعده محمد، ولا يبعد توجيهه بتهمتهما على تحليل الحرام،ولو في بيعه النقد احتياطًا للصرف، وقد قدمنا أن من صرف دينارًا بعشرين درهمًا فأخذ بعشرة دراهم لحمًا، إن اللحم لا يجوز تأخيره، لما قدمنا أنهما يتهمان على بيع دينار بدراهم ولحم مؤخر.

قُلتُ: منعه مسألة اللحم بما ذكر كوهم؛ لأنه يقتضي جوازها على قول السيوري

وهي مسألة المدَوَّنة أو مثلها. فيها: من صرف من رجل دينارًا بعشرين درهمًا فقبض له عشرة،وقال له: اعطني بالعشرة الأخرى عشرة أرطال لحم كل يوم رطلًا لم يجز. وكان بعض شُيُوخنا أو جميعهم ينبهون على حرمتها اتفاقًا؛ لأن تأخير اللحم فسخ دين في دين لا يخالف فيه السيوري ولا غيره.

فإن قلت: معنى مسألة المازري إنه قبض الدراهم ثم دفع منها عشرة في اللحم فلم يفسخ دين في دين ومسألتها نص في أنه قبل قبضها.

قُلتُ: إن كان مراده هذا فهي مثلها في الحكم، وإن خالفتها في الصورة؛ لأن ما قبض من الذمة وعاد إليها بالقرب كما لم يقبض في صرفها إن قبضت من غريمك دينًا فلا تعده إليه مكانك سلمًا في طعام أو غيره.

قال الصقلي: لأن قضاءه الدين لغو برجوعه إلى دافعه، وصح من فعلهما إنه إنما فسخ دينه فيما لا يتعجله.

قُلتُ: وقولها في مبتاع سلعة لأجل بنصف دينار، وسماع ابن القاسم في مسألة الطعام، ومتقدم كلام ابن رُشْد يقتضي فسخ البيع لفسخ الصرف الواقع عقبه.

اللخمي: لو اشترى ثوبًا، ودراهم بدينارين والثوب الأقل رد لعيبه معه تمام صرف دينار، وكذا لعيب بعض الدراهم، ولو كان الأكثر انتقض الجميع لعيبه أو عيب الدراهم، وعيب أحد الدينارين بنقض كل الصفقة لمقابلته نصف الدرهم والعرض إلا على جواز صرف الجزء، فيتنقض نصفها فقط، وينقلب الخيار لمبتاع العرض لعيب الشركة، ولا تفيته حوالة سوق إن كان العيب وتفيته إن كان بعض الدراهم أو أحد الدينارين.

محمد: إن كان المعيب الثوب، وفات بقطع أو تلف لم يرجع بقيمة عيبه؛ بل يرد قيمته، وتمام صرف دينار إن كان الأقل، وإن كان الأكثر رد معها الدراهم وأخذ ديناريه.

المازري: ينتقض بعيب أحد الدينارين كل الصفقة؛ لأن برده يجب رد نصف الثوب، ونصف الدراهم فيقع في بقية الدراهم إن أمضياها الصرف في بعض دينار وهو ممنوع، ويقع في الثوب الشركة لقابضه رده بها، وله حبسه على ما قدمناه من إعطائه

حكم نفسه لا حكم الصرف.

قُلتُ: إنما يقع في بقية الدراهم، صرف بعض الدينار برد قابض الثوب، نصفه لضرر الشركة.

وفيها: لا بأس بسلعة بدينار إلا درهمًا كل ذلك نقدًا.

اللخمي: وإلا فأربعة، روى ابن القاسم إن عجلت السلعة فقط، جاز وإلا فلا، وروى أشهب تعجيل النقدين دونها كتعجيلها، وروى ابن عبد الحَكم في الموَّازية: إن عجلت السلعة وأحدهما أو تأخرت معه جاز، ومنع ابن عبد الحَكم إن عجلت السلعة دونها، وقال: هذا حرام صرف لأجل ودين بدين.

قُلتُ: ظاهره الاتفاق على المنع في تأخير الجميع، ولذا قال ابن الحاجب: تأجيل الجميع ممتنع، وقاله ابن شاس، وزاد لأنه الدين بالدين،وهذا لا يتناول إلا ما السلعة فيه مضمونة،ولذا زاد ابن عبد السلام: ولبيع معين يتأخر قبضه إن كانت معينة.

قلت: يتخرج تأخيرها ليوم أو يومين مطلقًا أو لضرورة، ولمحمد ما يدل على الجواز في مثل هذا خلاف قول الثلاثة، ولما ذكر عياض قول أشهب قال: وكذا يقول إن تأخرا أو اختلفا كل الوجوه جائزة عنده، كذا قال في العتبيَّة ورواه ابن وَهْب وابن عبد الحَكم .

قُلتُ: في عزو ما ذكره عن أشهب له في العتبيَّة نظر لما ننبه عليه إن شاء الله تعالى في تعدد الأثواب، ولقول ابن حارث: اتفق ابن القاسم وأشهب أنه لا يجوز أن يتعجل الدينار ويتأخر الدرهم ولا العكس تعجلت السلعة أو تأخرت.

ابن محرز: أجازه ابن عبد الحَكم ولو فارق الدينار الدرهم كأنه رأى الصرف تبعًا في كل الوجوه.

قُلتُ: هذا خلاف نقل اللخمي عنه ومقتضاه الجواز، ولو أخر الجميع لما يجوز تأخير قبض المعين إليه.

ويؤيده قول الصقلي في قولها إن تأخرت السلعة عن النقدين لم يصلح، قال محمد: إلا أن يتأخر الثوب لمثل خياطته أو يبعث في أخذه وهو ثوب بعينه فلا بأس.

الباجي: إن عجلت مع أحد النقدين أو أخرت معه فالمشهور المنع، وروى ابن

القاسم رجوعه عن رواية ابن عبد الحَكم ، وروى ابن عبد الحَكم أيضًا كأشهب، وقال محمد: اتفق أصحابنا على رواية ابن القاسم الجواز في تعجيل السلعة، دونهما.

ابن محرز: في كون تفرقته بأن تأخير النقدين دليل عدم القصد للصرف أو وعد عليه، لا صرف، طريقا اللوبي وغيره، وهذا ضعيف.

زاد المازري: لأنهما دخلا على بت الصرف لا على الوعد، الشَّيخ: سمع ابن القاسم من باع طعام قرض بدينار إلا درهمًا وعجلا النقدين جاز، وإلا فلا، وخففه ابن القاسم وإن لم يحل، وكذا روى أبو زيد، سَحنون: قول مالك أصح.

محمد: أجازه ابن القاسم ولو لم يحل وكثرت الدراهم.

قُلتُ: السماع في كتاب السلم والآجال.

ابن رُشْد: اختلافهما جار على الخلاف في انحلال الذمم هل هو كانعقادها في اعتبار الأجل أو لا؟ إذ قد تبارءا والأظهر جواز هذه الإجارة. أشهب: تأخير السلعة دون النقدين في سلعة بدينار إلا درهمًا، ثم رأيت في سماع أَصْبَغ لأشهب من ابتاع ثوبًا بدينار إلا ثمنًا فدفع الدينار وأخر عليه الثمن وبدينار إلا درهمين، فدفع الدينار وأخر الدرهمين لا بأس بذلك.

ابن رُشْد: قول أشهب في المسألتين خلاف قوله وقول ابن القاسم وروايته فيها، وخارج عن الأصول؛ لأنه ذهب بسلعة ودراهم لأجل، ولم يجزه أحد إلا ابن عبد الحَكم في أحد قوليه، وفساد الأولى أسد؛ لأنها صرف خارج عن البيع تأخر فيه بعض الدراهم يجب فسخه دون البيع إلا أن يكون باع منه بدينار إلا ثمنًا على أن يدفع إليه دينارًا، ويؤخره بصرف الثمن فيفسخان معًا ويحتمل كون جوابه في الثانية على أن بيعهما وقع على النقد ثم أخره بالدرهمين فأجازه مراعاة للخلاف.

قُلتُ: فلعل القاضي أشار إلى قول أشهب هذا.

وفيها: الدرهمان في ذلك كالدرهم لا الثلاثة.

الباجي: في المختصر الكبير: الثلاثة كالدرهمين وعزاه اللخمي لرواية محمد وفي الخمسة طريقان:

اللخمي: لا تجوز اتفاقًا.

الباجي عن الأبهري: ثلث الدينار كالدرهمين. ولو وجد بالدرهمين عيبًا، ففي جواز البدل ونقض الجميع نقل اللخمي مع الصقلي عن مالك ورواية ابن وَهْب، وعزا الباجي الأول لرواية ابن القاسم، ولم يحك ابن محرز غير الأول وعزاه لمحمد، وزاد: لأن الصرف تبع ولو كثرت الدراهم انتقض الجميع، وكذا قالوا في دينار نصفه دراهم ونصفه فلوس، ينتقض الجميع بعيب في الفلوس.

وفي كون الحكم دفع رب السلعة المستثنى دراهم معها أو أخذ دينار دراهم مسقطًا منها الدراهم المستثناة طريقان:

الصقلي عن ابن الكاتب: إن تأخر النقدان لأجل، فحل، لم يجز إعطاء البائع درهمًا ليأخذ دينارًا؛ بل يجب أخذه صرف دينار إلا درهمًا.

الصقلي: ظاهر الكتاب جواز دفعه الدرهم ليأخذ الدينار، وعليه جرت هذه المسائل وعليه يتصور الخلاف، قولها: إن كان كل ذلك نقدًا جاز، ولو كان كما قال ابن الكاتب كان شراء للسلعة المؤجلة بدراهم فيجوز إجماعًا.

قال: زاد عبد الحق عن ابن الكاتب قولة بعض شُيُوخه.

المازري: إن كان الدرهم والدينار منقودين، فالمشهور دفع البائع الدرهم مع الثوب وإن كانا مؤجلين، فذكر قولي الصقلي وابن الكاتب معزوين للأشياخ قائلًا: قد يتعلق هؤلاء بقولها: وأما بدينار إلا خمسة دراهم فلا ينبغي التأخير في شيء منها للغرر فيما يغترق ذلك من الدينار عند الأجل.

قُلتُ: كان من لقيناه لا يتعقب هذا التمسك كالمازري، وقد يرد بأن الغرر كما تصور على الثاني بأن المشتري عند الأجل يدفع الدينار دراهم مسقطًا منها الخمسة، ولا يدري حين العقد ما يستغرق الخمسة من دراهم الدينار فالباقي عنها هو الثمن وهو مجهول فكذا يتصور على الأول، بأن البائع عند الأجل يدفع خمسة قدر عدلها من الدينار مجهول يحتمل كونه ربعه إن كان الصرف عشرين بدينار أو خمسه إن كان خمسة وعشرين وهذا غرر، فإن قلت: غرر الأول راجع لقدر الثمن وهو مؤثر اتفاقًا، والثاني لقيمته وهو ملغى اتفاقًا.

قُلتُ: رجوعه لقيمة الثمن إنما هو بالنسبة إلى الدراهم، وأما بالنسبة إلى ثمن

السلعة فهو راجع لقدر الثمن وهو مناب السلعة من الدينار؛ لأنه على كون الصرف عشرين بدينار ثمنها ثلاثة أرباع دينار، وعلى كونه بخمسة وعشرين يكون ثمنها أربعة أخماس دينار. فإن قلت: السلعة بعض المبيع فجهل منابها من الثمن غير معتبر.

قُلتُ: هي هنا، كل المبيع حكمًا؛ لأن الدراهم ملغى اعتبارها لقلتها وبه العقد مع تأخرها، وبذا يتفق لفظ المَدَوَّنة أوله وآخره، ولذا قال ابن شاس: الأول ظاهر المَدَوَّنة، ولم يحك أبو حفص غيره.

سند: لو دخلا على دفع صرف دينار مسقطًا منه الدرهم لم يجز إلا بمعرفة صرف الدينار.

قُلتُ: قول ابن بشير في توجيه قول ابن الكاتب واستخف عدم المبالاة بزيادة الصرف ونقصه؛ لأن ما يقابل الدينار من الدرهم يسير، خلافه وفرع وجود المعيب بالدرهمين، وسماع ابن القاسم في الطعام حجة للصقلي إن عم الخلاف في تعجيل النقدين، وتأجيلها كما هو ظاهر كلام المازري، وإن خصص بتأخيرهما كما هو ظاهر كلام ابن الكاتب فلا حجة فيهما، والفرق بين التأجيل والتعجيل عنده امتناع التأجيل في الصرف. في بيع مائة ثوب كل ثوب بدينار إلا درهمًا أو درهمين طرق سمع القرينان: لا خير في بيع أثواب كل ثوب بدينار إلا درهما أو درهمين لأجل، ولكن يكتب عليه كذا وكذا دينارًا إلا كذا وكذا درهمًا يحسبانه قبل العقد.

ابن رُشْد: هذا إجمال يبينه سماع ابن القاسم في كتاب السلم والآجال وكتاب محمد قال فيه: إن باع خمسة عشر جلدًا كل جلد بدينار إلا درهمًا لأجل، فتحاسبا بعد البيع فصارت أربعة عشر دينارًا، فلا خير فيه.

محمد: تحاسبا أم لا لكثرة الدراهم قال مالك: لو قطعا صرف الدراهم قبل العقد وعقدا بدنانير معلومة جاز ولو لأجل.

محمد: كقولها: إن وقع بيننا بيع بدراهم فصرف الدينار كذا جاز، وإلا لم يجز، ولو نقدا إلا في يسير، ولو عقدا على المقاصة من الدنانير بالدراهم بثوب سمياه واتفق، عدل الدراهم قائمًا من الدنانير جاز، ولو لأجل كستة عشر ثوبًا كل ثوب بدينار إلا درهمًا والصرف ستة عشر بدينار فصار عقدهما بخمسة عشر دينارًا، وكذا لو فضل

درهمان لجواز بيع سلعة بدينار إلا درهمين لأجل، والسلعة نقد، ولو فضل كثير من الدراهم جرى على حكم البيع والصرف، وإن لم يبيعا على شرط المحاسبة، فإن كان المستثنى درهمين فعلى حكم استثنائهما، وإن كان أكثر فعلى حكم البيع والصرف، والمحاسبة بعد البيع لغو إن لم يقع بيعهما عليها.

قُلتُ: وهذا السماع هو الذي زعم عياض إن أشهب أجاز فيه تأخير أحد النقدين عن الآخر، ولا شيء فيه من ذلك.

الباجي: سمع أشهب: لو باع مائة ثوب كل ثوب بدينار إلا درهمًا جاز أن يكتب عليه مائة دينار إلا مائة درهم لا أن يكتب عليه دنانير لأجل، في الموَّازية: لا يجوز إلا أن يقوم الدنانير قبل أن يفترقا.

محمد: لأنه إذا حل الأجل دفع الدنانير، فصار صرفًا مؤخرًا، فالقول الأول على اعتبار صرف يوم القضاء والثاني على يوم العقد، وروى محمد ثالثًا يجوز نقدًا، لا لأجل، ورابعها، ولا نقدًا؛ لأنه بيع وصرف في الكثير من كل واحد.

ابن بشير: في الموَّازيَّة أربعة: الجواز ولو لأجل، ولا يحسب الدنانير من الدراهم إلا عند الأجل فإن حسبت الآن بطل، والجواز إذا حسبت الآن، والجواز نقدًا لا مؤجلًا، ورابعها المنع مطلقًا.

الأول: بناء على أن المستثنى يسير، ومقتضى تأجيله اعتبار صرف يوم القضاء ابن حبيب الآن كان تعجيلًا لصرف ما في الذمة فمنع.

والثاني: على أن البيع بالدنانير والمستثنى منها فلا يعلم قدرها ما لم يعجل حسابه.

والثالث: على أنه صرف وبيع والدراهم كثيرة فمنع مؤجلًا.

والرابع: على ذلك وكل منهما كثير فمنع.

قُلتُ: إنما يتم الثالث على جواز البيع والصرف لا بقيد التبعية كقول أشهب، وهو قول اللخمي، رواية محمد لا بأس بمائة ثوب كل ثوب بدينار إلا ثلاثة دراهم أجازه للبيع والصرف.

ابن شاس: في جوازه مطلقًا ومنعه مطلقًا، ثالثها نقدًا.

الأول: على جواز البيع والصرف مطلقًا أو اعتبار كل دينار في نفسه، والدرهم

منه يسير.

والثاني: على منع البيع والصرف دون تبعية.

والثالث: كالثاني مع منع التأخير؛ لأن الصرف فيه إن كان بصرف يوم القضاء أدى للجهالة بمناب كل درهم وهو كثير، لكثرة الدراهم أو بصرف يوم العقد، فبتعجيل تحويل الدراهم بالذهب يصير صرفًا مؤخرًا وصرف ما في الذمة قبل حلوله.

قُلتُ: أول أقوال ابن شاس غير كل من الأربعة، فإن ثبت كان خامسًا، ولما ذكر ابن الحاجب ثلاثة أقوال كابن شاس.

قال ابن عبد السلام: إن قلت تبع ابن بشير في هذه المسألة وذكر ابن بشير فيها أربعة أقوال:

قُلتُ: رابع ابن بشير إنما هو من عوارض القول الأول إذ لا خلاف بين القول الأول والرابع إلا في كيفية حساب الدراهم من الدينار هل يحسب الآن أو عند الأجل؟ فاستغنى المؤلف عن ذكر هذه الكيفية لذكره في المسألة السابقة ما يغني عنها.

قُلتُ: القولان اللذان ذكرهما ابن بشير هما نقلا الباجي حسبما مر، وهما راجعان لصحة العقد وفساده، واللذان في الكيفية ليسا راجعين لصحة ولا فساد، وهذا يمنع صرفهما لها، ولو ابتاع بدينار إلا ربعًا، ففي كون الثمن دينارا يدفع البائع كسره صرفًا أو كسره الباقي بعد الاستثناء يدفع المشتري صرفه، نقلا ابن محرز عن ظاهرها والمازري معه عن محمد قائلًا: هذا ما لم يكن البيع بمجموعة، وابن محرز عنه قائلًا: ما لم يكن المستثنى قيراطًا، أو قيراطين فعليه دينار ينقص ما سمي من الذهب وعزا ابن بشير القولين للمتأخرين.

ابن محرز عن ابن الكاتب: إن قدر أن الجزء على البائع كان ذهبًا بذهب؛ لأن الجزء إنما يقع ذهبًا ثم بعد ذلك يصير بالصرف ورقًا.

المازري: هذا على ترتب الجزء ذهبًا وعلى ترتبه ورقًا يصح العقد بالتناجز.

وفيها: لو ابتعتها بخمسة دنانير إلا ربعًا أو سدسًا جاز تعجيل الأربعة وتأخير الخامس حتى يأتيك بربع أو سدس، وتدفع إليه الدينار وكذا إن تأخرت الأربعة ودفع دينارًا وأخذ مكانه دراهم فلا بأس به؛ لأن الجزء من دينار لا يجري في سائرها اللخمي:

أجاز مصارفته في دينار وتأخير الأربعة، ومنع من ابتاع سلعة لأجل بنصف دينار أن يدفع دينارًا يأخذ صرف نصفه لقوة تهمتهما على صرف مؤخر حين البيع بنصف، والصرف كذلك وضعفها في ربع دينار من خمسة وعلى كراهته من قضى عشرة دنانير ثمن سلعة أن يأخذ بفضل ظهر في الدنانير ورقًا فكرهه في هذه.

المازري: قال الدمياطي: روى ابن وَهْب كراهة بيع سلعة بدينار إلا سدسًا ثم رجع عنها.

المازري: كرهه؛ لأن ما يعدل الجزء المسمى، يقضي فيه بدراهم لا يعلم قدرها حين العقد.

قُلتُ: فيكره شراء سلعة بكسر دينار لأجل، وقول ابن شاس وابن الحاجب: إن استثنى جزءًا جاز مطلقًا، وقيل: كالدراهم بناء على أن جزء الدينار ذهب إلى القضاء أو ورق مع ذكرهما هذا عقب ذكرهما الأقوال في مسألة محمد يقتضي دخولها في هذه، ولا يخفى تعذرها وقبوله شارحه وتوجيهه، الثاني بترتبه ورقًا، بعيد.

وفيها: إن ابتاعها بخمسة دنانير إلا درهمًا أو درهمين فنقد أربعة دنانير وتأخر الخامس والدرهم أو بالعكس لم يجز إذ للدرهم في كل دينار حصة نوقض لفظ تعليلها بقولها لا ينقض لزائف من صرف دنانير إلا دينار؛ لأن الدرهم إن كان له في كل دينار حصة وجب نقض جميعها في الزائف وإلا كذب التعليل، يجاب بأن الشيوع في هذه لاختلاف الدنانير بالنقد والتأخير فلا تماثل لها، وهي في مسألة قصر الزائف على دينار متماثلة ولو اختلفت، نقض الجميع.

وفي منع صرف جزء دينار معين باقيه لبائعه: المشهور مع قول أشهب فيها، ونقل اللخمي عنه مع الشَّيخ جواز شراء نصف خلخال فضة بوزنه فضة إن حوزه جميعه قال محمد وروي لنا عن أشهب عن مالك منعه في النقرة.

اللخمي: جوازه أحسن في الدينار والخلخال لحصول التناجز في العوضين، وما بقي بينهما خارج عن الصرف كما لو صرف رجل خمسمائة درهم من ألف حضر وزنها فقبض جميعها في كيس جاز، ولو لم يقبض نصيبه منها بالحضرة؛ لأن تركه مع القدرة على قبضه رضى بالشركة.

قُلتُ: الفضل بينهما في الدراهم لعدم توقفه على غيرهما، ولا عوض ونوقض قولها. بقولها يجوز رهن المشاع ويتم حوزه، وحوزه مناجزة، ويجاب بأن المطلوب في الرَّهن مطلق الحوز، وفي الصرف الحوز، والفضل فيما تبايعاه لقول عمر ﷺ: والله لا تفارقه وبينك وبينه شيء اللخمي: والنقرة كالدينار لا كالدراهم. الشَّيخ: روى محمد من ابتاع سوارين على أن فيهما أربعين درهمًا فوجد فيهما قبل الفرقة فضلًا، إن ترك ذو الفضل فضله صح، وإلا فلا، ولو قبض المبتاع الجميع.

اللخمي: على جواز صرف بعض الدينار يصح، ولو تمسك بفضله ثم يكون كل منهما بالخيار في إمضاء الصرف لعيب الشركة.

قُلتُ: هذا يرد قياسه على صرف الجزء، وسمع ابن القاسم: لا خير أن يشرك من اشترى فضة أو دراهم أو حليًا غيره فيها، ولو انقلب بجميعها المشرك حتى يقاسمه ما أشركه فيه.

ابن رُشْد: مثله روى ابن وَهْب وزاد: هذا صرف لا يحل إلا نقدًا، وهو على أن عهدة المشرك على المشترك، وقيل يجوز إن نقد الثمن ولو لم يقبض حصته، وهو أنها على البائع، والثالث رواية أشهب: يجوز إن قاسمه أو قبض جميعه. استحسان على غير قياس إذ لا خلاف فيه منع صرف بعض دينارولو قبض جميعه.

قُلتُ: هذا الاتفاق خلاف نقل الشَّيخ واللخمي عن أشهب، ولو كان باقيه لغيره فصرف حظه دون قبض جميعه لا يجوز، ويقبضه قولا يحيى بن عمر، وأشهب.

وصرف رجلين دينارًا من رجلٍ وعكسه بدراهم شركة بينهما جائز.

اللخمي: اتفاقًا فيهما ودون شركتهما فيه قولان لها ولمحمد.

الشَّيخ في الموَّازية: صرف نصف دينار من رجل يدفعه له ولمن له عليه نصف دينار جائز، وكذا صرف ثلثه من أحد رجلين لهما عليه ثلثاه بالسوية أو التفاوت فدفعه له وصرف ثلثه منهما معًا جائز قبضاه أو أحدهما.

محمد: إن اشتركا في الدراهم قبل الصرف أو أسلف أحدهما للآخر جزءه من الدراهم قبل دفعها وبعده لا يحل.

قُلتُ: ظاهر قوله: بعد دفعها ولو بعد الصرف، ومفهوم قوله أولا قبل الصرف

خلافه، وجوازه في السلف دون شركة توجب جوازه دونها، ولا سلف وهو أحرى منه مع السلف لتفرقته بين العقد والقبض فيصير تقييد ابن المَوَّاز لغوًا فقبوله الصقلي وتعليله بأن الشريكين كواحد مشكل.

الشَّيخ: وسمع أَصْبَغ هذه المسألة من ابن القاسم، وقال: لا يصلح حتى يكون القضاء فيه كله، والبيع فيه كله بينهما.

قُلتُ: نص السماع لا بأس أن يقضي رجلين دينارًا من عليه لكل منهما نصفه ولمن لكل منهما عليه ثلثه، ويأخذ من كل منهما صرف سدسه، ولا خير في أخذه من أحدهما صرف ثلثه؛ لأنه حول في الصرف لا خير فيه حتى يكون القضاء فيه كله، والبيع فيه كله.

ابن رُشْد: جواز الأول على رعي أن الثابت لكل منهما عليه ذهب، وعلى رعي ما يجب قضاؤه صرف، يجوز إن قبضاه أو أحدهما بحضرة صاحبه اتفاقًا، ولو وكله وقبضه بعد قيامه جاز على خلاف ما تقدم.

قُلتُ: قوله: (اتفاقًا) خلاف متقدم نقل اللخمي عن محمد والشَّيخ عن المَوَّازية.

قال ابن رُشْد: وجواز الثانية على الرعي الأول قضاء وصرف وعلى الرعي الثاني محض صرف.

وفي تعليله منع الثانية بقوله: لأنه الحول في الصرف نظر؛ لأنه إنما كان حولًا إذا قبض الدينار غيره غير دافع الدراهم لا إن قبضاه معًا؛ بل علة منعه عدم استقلال دافع الدراهم، بمقابلها من الدينار لبقاء يد الآخر معه عليه،ولو قبض الدينار دافع الدراهم وحده لجرى جوازه ومنعه على قولي أشهب وابن القاسم فيمن صرف جزءًا له من دينار بينه وبين آخر من غيره، وقبض جميعه بناء على اعتبار الفضل بين المتصارفين وإلغاء شركة قابض الدينار غيره فيه واعتبارها.

الشَّيخ عن المَوَّازيَّة وسماع أَصْبَغ ابن القاسم: دفع من له ثلثا دينار على رجلين بالسوية صرف ثلث دينار من أحدهما، فقبض منه دينارًا، عنه وعن الآخر، جائز كدفع رجل عمن لك عليه نصف دينار دينارًا، فلم يزد فيها ابن رُشْد شيئًا.

وقال الشَّيخ والصقلي قال محمد: لا يعجبني أخذ الدينار من قابض الدراهم،

ويحيله على الآخر بالثلث، وكذا دفع عرض بدل الدراهم لإمكان زيادة دافع الثلث شيئًا ليضمن له على الآخر، ولو سبق ضمانه، جاز. دفعه دينارًا على أخذ ثلثه دراهم أو عرضًا أو بقائه ذهبًا.

قُلتُ: زاد في موضع آخر قلت: كيف وقد علما أن لا بد من دفع الثلث دراهم أو عرضًا؟ قال: لأنه لم يقع ضمان مع بيع ولا صرف، وصرح اللخمي بأن قول محمد خلاف. قال: والأول أحسن، إلا أن يكون المقضي عنه فقيرًا أو يزيده في الصرف، وكذا دافع دينار نصفه صرف ونصفه قضاء عن آخر، ولو دفع نصفه قضاء عن غيره ونصفه عن عرض لم يجز؛ لأنه بيع وسلف؛ لأن قيمة العرض تزيد وتنقص والصرف قدره معروف.

الشَّيخ عن محمد: إن أعطاك من لك عليه نصف دينار دينارًا على إن أحلته على فلان بنصفه، جاز؛ لأنك لم تأخذ منه ولم تعطه.

الصقلي: يريد؛ لأنه قضاك عن نفسه وعن الآخر وأحلته عليه.

محمد: كما لو جعلت النصف الباقي في سلعة، ولو كان في ذلك زيادة درهم من قابض الدينار: ما جاز.

ابن القاسم: لو دفعت لمن لك عليه ثلث دينار وسدسه ورقًا أو عرضًا، وأخذت منه دينارًا على إن أحلته بنصفه على من هو لك عليه لم يجز.

محمد: لأنه في العرض لم يرض بالحوالة إلا بما زاده فيه.

الصقلي: الفرق بين هذه والأولى أنه فيها قضاه الدافع عن الآخر دون طلب رب الدين ذلك، وفي هذه يطلبه.

قُلتُ: في هباتها: من عجل لك دنانير على رجل لأجل على إن أحلته عليه، لم يجز، ولو كان النفع له أو لك دونه؛ لأنه ذهب بذهب لأجل، سَحنون: وقد أجازه ابن القاسم، إن كان النفع للقابض وهو أحسن.

اللخمي عن محمد: لو دفع إليك من لك عليه نصف دينار دينارًا على أن تحيله على من لك عليه نصفه جاز؛ لأنك لم تأخذ منه ولم تعط.

اللخمي: قد اختلف في هذا فيمن أسلف عينًا ليحال بها، قال: ومنعه في الموَّازية:

دفع دينار لرجلين نصفه صرف من أحدهما ونصفه قضاء للآخر أو هبة، على منع صرف دينار من رجلين وعلى جوازه يجوز.

وفيها: لا بأس ببيع شريك في حلي حصته منه لشريكه بوزن نصفه وكذا نقرة بينهما وروى أشهب: لا يجوز في النقرة إذ لا ضرر في قسمها ككيس مطبوع عليه بينهما فيصير ذهبًا بذهب ليس كفة بكفة، وإنما جاز في الحلي لما يدخله من الفساد، وإنه لموضع استحسان.

اللخمي: قيل المنع؛ لأنها إن قسمت نقصت فالمأخوذ عن نصفها أكثر منه والأول أحسن؛ لأن النقص لم يقع بعد وعورض عنه على وفائه ويجوز هذا في الدراهم إن وزنت بالحضرة وأعطى وزنها بتلك الصنجة، وبغيرها لا يجوز لإمكان الاختلاف، وهو معنى قول أشهب في الدراهم.

وفي كون الدينار كالحلي ومنعه فيه فتوى ابن عبد السلام وابن قداح، وقال فيما أخبرني ثقة عنه حين ذكرت له فتوى ابن عبد السلام: الله حسيبه مرتين. وأخذه ابن عبد السلام من قولها في الحلي أخذا أحرويًا، قال: لأن قطع الحلي يجوز بخلاف الدينار، ونحوه قول أبي حفص: يجوز في الدينار والحلي للضرورة، وقد يفرق بأن الحلي يراد لعينه وصياغته، وكذا النقرة لغرض في عينها؛ لأنها لو استحقا ثمنًا فسخ البيع بخلاف الدينار، ولذا قال في إجازته في الحلي: إنه لموضع استحسان، وذكر اللخمي في الدينار الجواز كأنه المذهب، وقيل: كان طبقة شُيُوخ ابن قداح كالشَّيخ الفقيه الشهير أبي محمد الزواوي، والشَّيخ الفقيه الأصولي أبي القاسم بن زيتون كانوا يفتون بالمنع، وإن ابن قداح كان يفتي بالجواز حتى ذكر له ذلك فرجع عنه للمنع.

وتحقيق المساواة الممكن في الذهب به والفضة بها شرط على كل تقدير يمكن، وعليه منع مالك في ثالث سلمها مائة دينار كيلًا، بمثلها مع كل منهما مائة درهم كيلًا، ويناقض بقول ابن القاسم في شركتها لا بأس أن يخرج هذا ذهبًا وفضة، وهذا مثله من ذهب وفضة؛ لأن الشركة بيع في بعض ما أخرج كل منهما، ولذا منع ابن القاسم شركة أحدهما بدنانير والآخر بدراهم ولو تساوت قيمتاهما، ويجاب بأنه لما كان كل منهما في البيع مختص بما يأخذ من صاحبه قويت تهمة قصد كل منهما أجود عوضي صاحبه عنده

من مقابله في عوضيه لأجود عوضيه لمقابله في عوضي صاحبه الملزومة للتفاضل الموجب للمنع، والشركة لا اختصاص فيها.

وفي جواز شراء غير ذهب وفضة ببعض درهم وأخذ باقيه فضة، وإن كان أكثر من نصف الدرهم ومنعه مطلقًا أو فيما زاد على الثلث، رابعها: فيما زاد على النصف لنقل التونسي مع صاحب الأمر المهم قاصرًا ما زاد على النصف على ثلاثة أرباع مضعفًا له، والمازري مع الصقلي عن سَحنون، وأخذه بعضهم من قولها أصل قول مالك: لا تجوز فضة بفضة مع أحدهما أو مع كل منهما سلعة ولو كانت الفضة أكثر، واللخمي عن محمد عن ابن القاسم مع أشهب قائلًا: وأخذ ببقيته صغارًا واللخمي مع غيره عن مالك مع ابن القاسم.

اللخمي: ومنعه أشهب في الموَّازية، وقال مالك: كنا نكرهه.

قُلتُ: فيكون خامسًا، وزعم صاحب الأمر المهم أن مذهب المدَوَّنة فيما زاد على النصف الكراهة بمعنى التنزيه بناء على لفظ البراذعي إن أخذ بثلثه طعامًا وبباقيه فضة فمكروه، ويرد بأن لفظها إن كان الثلثان فضة، والثلث طعامًا أيجوز في قول مالك؟ قال: لا يجوز.

قُلتُ: لم كرهه إذا كانت الفضة أكثر من الطعام وجوزه إذا كان الطعام أكثر؟ قال: لأن المراد الطعام لا الفضة وللرفق بالناس، فغير البراذعي وقوع لفظ الكراهة في لفظ السائل مع أنها بعد لفظ لا يجوز وتبع في ذلك مختصر الشَّيخ، وألزم اللخمي قول أشهب بقصر الجواز على بلد لا فلوس به منعه في بلد فيه دراهم صغارًا.

قُلتُ: فيلزم المنع مطلقًا، أو إجازة رد غير مسكوك، ونقل اللخمي فيه عن المذهب المنع خلاف مقتضى قول الصقلي عقب تعليله الجواز بالضرورة، وهذا في بلد فيه الدراهم، الكبار خاصة أو فيه الكبار والصغار، ولا يكون عند المشتري إلا درهم كبير، ثم قال: وأما في بلد الغالب فيه الخراريب الصغار فلا يجوز أن يأخذ بنصفه طعامًا، وباقيه من الخراريب ولو دفع درهمًا خراريب وأخذ بنصفه طعامًا وباقيه خراريب، لبان قبحه إذ لا ضرورة. ولو تقدم البيع ببعض درهم، ففي جواز دفعه وأخذ بقيته كما لو وقعا معًا قولان لسماع عيسى ابن القاسم: من ابتاع سلعة بثلثي درهم

ثـم ذهـب فأتاه بدرهم ورد عليه ثلثه فضة فلا بأس به، ولو كان أسلفه الثلثين لم يجز؛ لأنه لو ابتدأ الشراء بثلثي درهم، فلا بأس أن يأخذ ثلثه فضة ولو أخذ منه قطعتي فضة بثلثين، وثلث بدرهم دون كيل لم يجز ولو كان في المجلس. وقول ابن رُشْد: القياس والنظر عدم جوازه في البيع والسلف، واستخفه في البيع؛ لأنه درهم قائم لا مجموع.

قُلتُ: ظاهر قول السماع: وأخذ ثلثه فضة، وعدم تقييده.

ابن رُشْد: جوازه غير مسكوك، كما تقدم للصقلي. وفي مسائل الاقتضاء، تمام هذا النوع.

[باب في شرط الرد في الدرهم]

فشرط الرد على المشهور متفقًا عليه كونه في درهم كل الثمن، وسكة المردود، وعدم زيادته، وعدم حضوره للمبتاع وتأخره على البيع ومناجزته، والمبيع كالصرف[1].

الشَّيخ: روى ابن حبيب: من ابتاع تور نحاس بدرهمين ودانق، أكره أن يعطيه عن الدانق فلوسًا.

الصقلي: والشَّيخ عن محمد: كره مالك شراء حنطة بثلثي دينار يدفعه ويأخذ ثلثه

---

(1) قال الرَّصاع: معنى كلامه أن الشروط المذكورة جرى فيها على المشهور وغير المشهور لا يشترطها كلها فإذا اجتمعت كان الرد جائزا باتفاق؛ لأن الشاذ يوافق على ذلك ولا يمنع الرد في الجملة ولا أكثر من النصف فقوله: (في درهم كل الثمن) احترز به من الرد في الجملة وأن يكون الدرهم المردود فيه لا كل الثمن قوله: (وسكة المردود) عطف على الدرهم وأخرج به كونه غير مسكوك ولم يشترط اتحاد السكة وقوله: (وعدم) عطف على الدرهم والضمائر المضافة بعضها عائد على الرد وبعضها على المردود قوله: (وعدم حضوره) الضمير يعود على المردود وضمير تأخره يعود على الرد قوله: (والمبيع كالصرف) الذي كان يمضي لنا في فهمه أن المبيع عطف على المعطوف عليه أولا وهو مخفوض وأشار به إلى الشرط لعاشر وأن من شرط الرد أن يكون البيع الواقع فيه حكمه حكم الصرف في جميع أحكامه لا من بدل فيه ولا من غيره وكان يمضي لنا أن الشَّيخ يتحصل من كلامه عشرة شروط؛ لأن قوله:الدرهم يستلزم نفي الرد في الذهب مطلقًا ويستلزم أن يكون المردود فيه مسكوكا واتحاد السكة من شرطه سكة المردود والله أعلم.

قطعة ذهب منقوش.

قُلتُ: نقل بعضهم جواز الرد في الدينار لا أعرفه، وذكر عن بعض عدول بلدنا المدرسين فتواه به، فبعث إليه القاضي ابن عبد السلام أو أتاه فسأله عما نقل عنه ليؤنبه على ذلك فأنكر فتواه بذلك، وسمع ابن القاسم لا بأس بأخذ دنانير مضروبة من أهل دار الضرب يدفع وزنها ذهبًا مصفى مع أجر ضربهم لمشقة حبس ربها، وخوفه.

ابن القاسم: ثم قال: ما هو من عمل الأبرار، وسمعته يتكلم به غير مرة ولا يحرمه، وينحو إلى أن لا يعمل به الرجل في خاصة نفسه، قال عيسى: (لا يعجبني).

ابن القاسم: أراه خفيفًا للمضطر ذي الحاجة. قال مالك: ولا خير في أخذ حلي مصنوع بوزنه وأجرته.

ابن رُشْد: خففه مالك في دار الصرف لما ذكر، والصواب أن لا يجوز إلا مع الخوف على النفس المبيح أكل الميتة، وإنما خففه مالك ومن تبعه دون البلوغ لما يحل الميتة مراعاة لما روي عن ابن عباس لا ربا في إلا في النسيئة وروي أنه رجع عنه، وما خففه مالك.

قال ابن حبيب: هو حرام ولو على مضطر، وهو قول ابن وَهْب وأكثر أهل العلم، ومسألة الصانع لم يجزها مالك ولا أحد من أصحابه.

الشَّيخ: في الواضحة: لو راطل رجل صائغًا بفضة ولم يذكر صوغًا، ثم دفعها إليه بالمجلس لصوغها لم يجز إلا بعد التفرق، وبعد ذلك وصحته.

وفي جواز خلط أذهاب الناس بعد تصفيتها ومعرفة أوزانها أقوال:

الشَّيخ: روى محمد لا أحبه وأرجو خفته للمسافر لاحتباسه، قال في العتبية: ولخوفه العُتْبِيّ عن سَحنون عن ابن القاسم خفيف لذي الحاجة، وعن عيسى: لا يعجبني محمد روى أشهب إنما كان هذا حين كانت الذهب لا تنقش والسكة واحدة، واليوم في كل بلد سكة.

محمد: زالت الضرورة فلا يجوز.

وفي جواز جمع حبوب ذات زيت لناس شتى بعد معرفة قدر ما لكل منهم ليقسم زيته على أقدارهم سماع ابن القاسم، في كتاب الشركة وقول سَحنون: لا خير فيه مع

قول ابن حبيب سألت عنه من لقيت من المدنيين والمصريين فلم يرخصوا فيه.

قُلتُ: يتفق اليوم على منعه لكثرة المعاصر ويستخف جمع ما لا يمكن عصره فيها لقلته مع اتحاد أرض الزيتونين.

وفي جواز دفعه وأجرة عصره لأهل داره وأخذ قدر ما يخرج منه زيتًا ومنعه نقلا ابن بشير.

قُلتُ: لم يذكر غيره مسألة الزيتون إلا في الجمع، وما ذكره لم أره لأقدم منه مع ما تقدم في مسألة الصائغ، ومباح المحلى بتبع له ذهب أو فضة في جواز بيعه بها أو بذهب، ومنعه مطلقًا، ثالثها نقدًا ويفسخ لأجل، ورابعها يكره له ولا يفسخ. للخمي مع غيره عن سَحنون ومحمد عن ابن عبد الحَكم وابن القاسم مع مالك ومحمد مع الشَّيخ عن أشهب، ولبناء سَحنون قوله على إلغاء التبع قال: لو استحق لم يرجع له بشيء كمال العبد، وفي حد التبع بثلث المحلى أو نصفه ثالثها بدون الثلث للمعروف والباجي عن بعض البغداديين، ونقل ابن شاس.

ابن بشير: لا خلاف منصوص أن الثلث يسير، ثم ذكر القول في شجرة الدار المشترطة ثمرتها في كرائها قبل زهوها إنه لا يبلغ بها الثلث.

وفي اعتبار الحلية بوزنها أو قيمتها نقلا الصقلي عن بعض القرويين محتجًا بالقياس على نصاب السرقة، وعن ظاهر الموطأ مع الموَّازية، وصوبه بأن الحرمة تقع بالأقل.

قُلتُ: الأول الجاري على ما يأتي لسَحنون من لغو قيمة الصياغة والثلث أو النصف هو من مجموع الحلية أو قيمتها مع قيمة المحلى النصل والجفن، وتعقب ابن عبد السلام تفسيره.

ابن بشير: بنسبته للجفن والنصل فقط محتجًا ببياض المساقاة وثمرة الشجرة في الدار المكتراة حسن، ونقل الصقلي نص ابن حبيب على النسبة للمجموع ومثله للخمي عن المذهب، وهو نصها في المصوغ من ذهب وفضة الباجي: شرط التبع كونه مرتبطًا ربطًا يضر نزعه من المحلى كالفص، وحلية السيف المسمرة في حميلته وجفنه وحلية المصحف المسمرة فيه، والقلائد التي لا يفسد غير نظمها ظاهر المذهب لا أثر لها في الإباحة، وقاله ابن حبيب.

اللخمي: إن كانت الحلية قائمة بنفسها صنعت ثم ركبت وسمرت أرى لها حكم المنقوض إذ لا كبير مضرة في نزعها وردها بخلاف ما موه به السيف أو أنزل في قائمه وشق نزعه، وإزار ثوب المرأة كمنفصل، إذ لا كبير في نزعها وردها.

ابن بشير: ما أمكن نزعه دون فساد وأجر كمنفصل ومقابله معتبر وفيها، بأجر فقط قولا المتأخرين.

وفيها: لا يصلح لمن اشترى سيفًا محلى نصله تبع لحليته بدنانير قبضه حتى ينقد ثمنه، فإن باعه مشتريه قبل نقد ثمنه، فإن وقع بيعه ونقده معًا لم ينقض، ولو قبضه وفارقه قبل نقده وباعه ثم علم قبح فعله ولزمت قيمته يوم قبضه، وكذا عيبه بقطع أو كسر جفنه، ولا يفوت بحوالة الأسواق؛ لأن الفضة كدراهم لا تفوت بها.

الصقلي: قال بعض أصحابنا: إنما يفوت بكسر جفنه إن انكسرت حليته؛ وإلا فكسره يسير.

عياض وابن محرز: قوله: ثم علم قبح فعله دليل عدم قصده ببيعه تفويته، ولو قصده ما فات به.

الصقلي: إنما أراد ابن القاسم أنه بربط حليته أشبه العرض، ولم يفته بحوالة سوقٍ لكثرة فضته.

قُلتُ: شبهة العرض لا تنفي يسارته، واعتبار كثرة حليته تمنع شبهة العرض.

ابن بشير: في فوته بانكسار جفنه دون الحلية طريقان: في تفسيرها بناء على اعتبار افتقار النصل له فصار كجزئه. واعتبار الجفن في نفسه فيمضي بمنابه من القيمة ويفسخ ما عداه كمبيع بيعًا فاسدًا فات يسيره.

قُلتُ: هما طريقا ابن محرز ونقله عن ابن الكاتب.

الصقلي: منع سَحنون فوته بالبيع ونقضه ولو تعدد، قال: ولو فاتت عينه أو انقطع أو انكسر جفنه رد وزن الفضة وقيمة النصل والجفن، وتعقب الشَّيخ قوله: وزن الفضة بأن للصياغة حظًا في الثمن، وبعض القرويين بأنه خلاف أصلهم فيمن استهلك مصوغًا إنه يغرم قيمته.

عياض: تأول اللخمي قوله: وزن الفضة أي: مصوغًا. قال: على أحد قولي مالك

في القضاء في المصوغ بمثله قالوا: وقول ابن القاسم: لا تفيته حوالة الأسواق خلاف قول محمد: تفيت الحلي الجزاف وفيها: لم يجز مالك بيع السيف فضة حليته، أو ذهبها الثلث بذهب، أو فضة لأجل ورآه إن وقع ونقض المشتري حليته جائزًا؛ وهو رأيي، وقد أجاز ربيعة بذلك لأجل.

ابن محرز: أمضاه بالثمن لا القيمة لخفة كراهيته بخلاف ما نصله تبع لحليته، وجعله بعض المذاكرين تناقضًا غير صحيح.

اللخمي: ثوب النساء معلمًا بذهب غير مستهلك لخروجه منه بعد حرقه علمه كحلية السيف يعرف قدره بسؤال أهل صنعته إن قالوا: فيه خمسة دنانير فإن كانت قيمة الثوب بعلمه وصنعته خمسة عشر، فأقل جاز بيعه بذهب وإلا فلا ولا ينظر لقدر الذهب وقيمة الثوب بغير علم لأدائه لسقوط الصنعة، وهو ظلم بالمتبايعين، وإن فقد أهل المعرفة به، فإن زادت قيمته بعلمه على قيمته دونها نصفها فأقل جاز، وإلا فلا وما لا يخرج بحرقه ذهب في لغوه لاستهلاكه واعتباره لوجود عينه احتمال وعلى اعتباره معرفة قدره بما مر.

قُلتُ: ولم يحك المازري وابن بشير فيه غير تردد اللخمي، ولما حكاه ابن شاس، قال: وذكر غيره عن المتأخرين قولين، ولما ذكر ابن شاس تردد اللخمي. قال: مع أنه حكى الاتفاق في الجلود التي يغزل منها هذا النوع قبل أن تغزل على منع بيعها بذهب إن كانت منه وبفضة إن كانت منها. وحكى ابن محرز الخلاف فيه عن الأشياخ نظرًا لعين ما فيه أو استهلاكه.

قُلتُ: ولا يلزم من المنع في هذا المنع فيما تردد فيه اللخمي، وحكى فيه ابن الحاجب قولين، وعبر ابن محرز واللخمي عن هذا الجلد بالسمنطر.

قال المازري: هو الجلد الذي يركب عليه الذهب.

وفي منع بيع المصوغ من ذهب وفضة، أحدهما: ثلثه بنوعه وجوازه قولها.

قال مالك: في حلي ثلثه ذهب وثلثاه فضة أو بالعكس، لا يباع بأقلهما وأجازه أشهب، ورواه علي وصوبه اللخمي قائلًا: كما لم يختلف في مصوغ بهما وبلؤلؤ وهما ثلثه والجوهر ثلثاه.

قُلتُ: هذا خلاف نقل ابن بشير إن كانت الحلية المباحة من ذهب وفضة تابعة للعرض الذي معها ففي جواز بيعه بالعين قولان، وعلى جوازه في قصره على أقلهما قولان، وإن كان العرض تابعًا للحلية جرى على المختلط من ذهب وفضة، ومثله قول المازري: ما حليته من ذهب وفضة وحليته تابعة له في جواز بيعه بنوع أحدهما روايتا محمد، وعلى الجواز. في بيعه بأحدهما مطلقًا أو بنوع أقلهما قولا محمد وابن حبيب.

عياض عن ابن حبيب: إن كانا جميعًا أكثر من ثلث المحلى بهما فلا يحل بيعه بأحدهما ككون ما فيه من الذهب تسعين أو ثمانين، وقيمة الحجارة مائة، فإن كان أحدهما تبعًا والآخر أكثر من التبع فلا بأس ببيعه بالتبع لا بالأكثر ككون قيمة الحجارة مائة والذهب سبعون والفضة عشرة، فإن سبعين أكثر من الجملة أو يكون الذهب مائة الجوهر خمسين، والفضة خمسين.

فضل: وروايته هنا على رواية أشهب وعلى رواية ابن القاسم لا يجوز بأحدهما.

قُلتُ: ذكر الشَّيخ هذا عن ابن حبيب دون مثال، وسمع ابن القاسم في الحلي المصوغ من ذهب وفضة مثل رواية علي فيه ورجوعه عنه قائلًا: ما رجع إليه أحب إليَّ، وزاد إن لم يكن أحدهما ثلث المصوغ منهما فأقل لم يبع بنوع أحدهما.

ابن رُشْد: هذا بين أنه لا يجوز بأقلهما إن كان أكثر من الثلث على قول مالك الأول، وقول أشهب، وإن كان ابن أبي زيد اختصره على ذلك فهو غلط.

قُلتُ: ما نسبه الشَّيخ لم أقف عليه، وظاهر كلام ابن رُشْد، هذا غير مفهوم صوابه إلا أن يريد باسم الإشارة إلى نقيض ما ذكره، وكيف نقلته وجدته في غير نسخة واحدة، قال: وقول ابن القاسم أحوط؛ لأن كلًا من الذهب والفضة مضبوط القيمة به يقع تقويم الأشياء فلم يكن أحدهما تبعًا للآخر إلا أن يكون أحدهما بحيث لا يؤبه به، فيكون تبعًا، رواه زياد، وقال التونسي: القياس قول أشهب كالتبع للعرض وقد بينا الفرق بينهما ولشرط اعتباره التبعية بالإباحة قال فيها: ما حلي بفضة من سرج، أو قدح، أو سكين، أو لجام أو ركاب مموه، وشبه ذلك لا يجوز بيعه بفضه، وإن قلت حليته.

أبو حفص: الثوب الذي فيه علم ذهب غير السمنطر مثل: الذهب الذي يصح أن يخرج منه الذهب الذي هو غير مستهلك إن كان هبة دينار فأكثر لم يجز بيعه بدراهم؛

لأنه صرف وبيع، وإن كان أقل من دينار جاز بدراهم لا بذهب؛ لأنه غير مباح؛ لأنه سرف، وإن كان من لباس الرجال لم يجز بيعه بحال.

قُلتُ: هذا خلاف ما تقدم لابن محرز واللخمي.

وفي منع الربا بين السيد وعبده قولان للمشهور معها، ونقل غير واحد عن ابن وَهْب وخرجهما اللخمي على كون مبايعته إياه حقيقة أو انتزاعًا وهبةً من السيد قال: وقال ابن القاسم: من أعتق عبده على عبد بيده لا مقال له عليه في عيب ولا استحقاق، وقال: رهن العبد سيده في كتابته انتزاع.

وفي ذبائحها بلغني أن عمر كتب للبلدان ينهاهم أن يكون اليهود والنصارى صيارفة بأسواقهم.

وفيها: أيجوز أن أصارف عبدًا لي صيرفيًا؟ قال: لا بأس به عبدك وغيره سواء، وكره مالك أن يكون النصارى بأسواق المسلمين لعملهم بالربا ورأى أن يقاموا.

عياض: كذا عندي، وفي الأسدية والمبسوط وعليه اختصرها كثير ولذا زاد ابن أبي زمنين: إذا كان مسلمًا، وفي بعض النسخ: نصرانيًا صيرفيًا وعليه اختصرها أكثرهم، وقوله: كره مالك أن يكون النصارى صيارفة، دليل صحة رواية نصرانيًا وقيل: إنما يجوز مصارفة النصارى بغير السكة التي فيها أسماء الله.

قُلتُ: الأول عزوه لها في التجارة بأرض الحرب منها: لا يشترى من حربي أو ذمي، بالعين التي فيها أسماء الله تعالى.

اللخمي: كثر العمل بالربا من غير النصارى، فالصرف من النصراني العامل به أحسن من مسلم يعمل به؛ لأن النصراني غير مخاطب بعمل الربا على الصحيح، ولو أسلم حل له ما بيده ولو تاب المسلم ما حل له ما بيده.

ابن بشير: قولها: لا بأس بالصرف من عبدك النصراني هو وغيره سواء مع كراهته الصرف من النصراني كمتناقض، ويحتمل أن يريد الكلام على العبد دون وصف كونه نصرانيًا، وفي التجارة بأرض الحرب منها لا أرى لمسلم ببلد الحرب أن يعمل بالربا مع حربي.

[باب المراطلة]

المراطلة: بيع ذهب به وزنًا أو فضة كذلك[1]؛ فتخرج الفلوس وتدخل بزيادة أو

---

(1) قال الرَّصاع: (فإن قلت): كيف صح إدخال هذا الباب تحت الكتاب من الصرف وهو لا يصدق على المراطلة.

(قُلتُ): هذا السؤال أورده الشَّيخ ابن عبد السلام وذكر أنه لا يرد على ابن الحاجب؛ لأنه لم يترجم على الصرف وإيراده على الشَّيخ: هنا أقوى في السؤال للترجمة والترجمة عندهم كالحد للمحدود، والجواب أن هذه أمور ملحقة بالصرف وقعت في كتب الفقهاء وكذا الاقتضاء والمبادلة أدخلوها في كتاب الصرف.

قال الشَّيخ ﷺ: (بيع ذهب) جنس يدخل فيه الصرف كما تقدم قوله: (به) يخرج به الصرف قوله: (وزنا) أخرج به المبادلة؛ لأنها عدد لا وزن قوله: (أو فضة كذلك) معناه أو بيع فضة بها وزنا فاختصر ذلك بقوله: كذلك قال الشَّيخ: فتخرج الفلوس يعني أن الفلوس إذا بيع منها فلس بفلس وزنا فلا يسمى مراطلة ولا يجب ذلك فيها.

(فإن قلت): هذا يعارضه ما قدمه: في حد الصرف، فإنه أدخلها في الصرف وذلك يدل أنها من النقود فيحرم فيها ما يحرم في النقود بناء على أن العلة في الربا والتفاضل الثمنية لا غلبتها فكيف الجمع.

(قُلتُ): يمكن الجواب عن الشَّيخ: بأنه إنما أدخلها في الصرف؛ لأنه في المدَوَّنة أطلق على بيعها بالعين صرفا فسماه صرفا فلا بد من زيادتها في الحد لجمعه، وهنا لم يطلق عليها مراطلة ولكن ذكر فيها لازم ذلك كما أشار إليه الشَّيخ فكأنه أشار إلى الخلاف فيها.

(فإن قلنا): حكمها حكم النقود فيزاد في الرسم ما يدخلها، وإن قلنا ليس الأمر كذلك فيقتصر على ما ذكر أولا وتخرج من الحد، ولذا قال بعد وتدخل بزيادة أو فلس بمثله عددا لا وزنا وذكر ما يشهد له من المدَوَّنة وأن بيع الفلوس تطلب فيها المماثلة عددًا.

(فإن قلت): عادة الشَّيخ في مثل ذلك أن يذكر حدا أو رسما ثم يقول على رأي وعلى رأي بزيادة إلخ، وقد وقع له مثل ذلك مرارًا كما قدمنا وهو أخصر وهنا لم يقل ذلك بل قال: كما رأيته والجاري على عادته أن يقول بيع ذهب به وزنا أو فضة كذلك على رأي وعلى رأي بزيادة أو فلس بمثله عددًا لا وزنا.

(قُلتُ): لعل ذلك ليس بمقصود عنده في التعبير لا أنه يقصده والدليل على ذلك أنه لم يظهر ما يدل على قصده في ضبط ذلك.

(فإن قلت): ما فائدة زيادة قوله: لا وزنا وذكر العددية كاف.

(قُلتُ): يظهر أنه زيادة بيان وكثيرًا ما يفعل ذلك ولو كان ذلك لازمًا، ولم يقل في المراطلة بيع الذهب بمثله وزنا لا عددًا.

(فإن قلت): لأي شيء خص هذه الزيادة بالمراطلة ولم يقل في الصرف أو أحدهما بفلس عددًا.

=

فلس بمثله عددًا لا وزنًا في آخر ثالث سلمها: لا يصلح فلس بفلسين نقدًا ولا مؤجلًا والفلوس في العدد، كالدنانير والدراهم في الوزن، وقول ابن الحاجب وابن بشير بيع العين بمثله وزنًا يرد بقصوره على العين دون أصلها فالموزونان إن اتحدا في الجودة أو اختص بها كل أحدهما أو كانا في الرداءة كذلك جازت، وإن اختص بعضه بجودة وبعضه برداءة لم تجز.

ابن حارث وابن رُشْد وابن بشير: اتفاقًا، وإن اختص بعضه فقط بأحدهما ففي جوازه قولان، للمشهور معها، وسَحنون.

المازري: مراطلة ذهب برديء وجيد لا يعرف قدره منه لا يجوز، ونقل ابن رُشْد احتجاج سَحنون بالقياس على منع ذلك مد قمح ومد شعير بمثلهما للذريعة.

الشَّيخ عن محمد: كل وجوه المراطلة جائزة، إلا ما بعضه أجود وبعضه أردى، أو

(قُلتُ): لما ذكر في المدَوَّنة بيع الذهب بالفلوس أو الفضة به وسماه صرفًا فلذلك اقتصر عليه: في الحد.

(فإن قلت): قول الشَّيخ بيع الذهب به وزنا مشكل؛ لأن الوزنية لا تحقق المماثلة والمطلوب في المراطلة المماثلة في الوزن ولم يذكرها.

(قُلتُ): قوله:وزنا تمييز للمبهم، ولما ذكر بيع الذهب به فلا يمكن أن يكون بنفسه؛ لأن ذلك محال فلا بد أن تكون المعاوضة بالذهب المماثل والمثلية المبهمة فسرت بقوله:وزنا فكأنه قال بيع الذهب بذهب مماثل له وزنًا فاختصر ذلك للإيجاز في الحد.

(فإن قلت): ولأي شيء صرح بالمثل في الفلوس ولم يقل أو فلس به عددًا.

(قُلتُ): يظهر أنه زيادة بيان ولم يظهر سر تعريف الذهب والفضة في الصرف والتنكير هنا، وقد تقدم، ثم قال الشَّيخ: وقول ابن الحاجب وابن بشير بيع العين بمثله وزنا يرد بقصوره على العين دون أصل العين، وهو ظاهر في الرد وقد قدمنا قريبا منه فلذلك عدل الشَّيخ عن العين إلى الذهب والفضة، فإن العين خاص بالمضروب.

(فإن قلت): الشَّيخ ابن عبد السلام اعترض على ابن الحاجب بأنه يدخل في حد المراطلة ما ليس منها كما إذا باع ذهبا وازنا بفضة وازنة، وكان الشَّيخ قبله ولم يذكره وجرت عادته أن ما سبق به من الاعتراض لا يعترض به إلا إذا كان فيه بحث له وإنما يذكر ما غفل عنه غيره فهل هذا الاعتراض صحيح أم لا؟

(قُلتُ): يظهر إيراده ويتلمح له جواب فيه نظر، وذلك أن يقال المراد ببيع العين ما يصدق عليه العين، ومصدوقه ذهب أو فضة مضروبين فلا بد في المصدوق من مثلية في صفة نفسية وبيان النظر واضح والله أعلم.

ما رجح فيه ذهب أحدهما فأخذ لرجحانه شيئًا عرضًا أو ورقًا.

وفيها: يدخل في كليته جواز ترك الرجحان دون عوض.

قُلتُ: نص حرمته والإجماع على ثبوت رجوع ابن عباسٍ.

الشَّيخ: روى محمد كل ما منع فيه التفاضل من عين وطعام لا ينبغي أن يجعل مع جيده رديء يستحل به التفاضل. قال: وخفف مالك أن يجعل مع الجيد من المالين لاعتدال الميزان قطعة ذهب ثلثًا فأقل إن لم يقصد بها فضل عيون ما معها.

محمد: ما لم تكن القطعة ردية، مالك: وإن كان فيها قدر الدينار لم يجز، إلا أن يكون مثل المنفردة فأجود.

قُلتُ: ظاهره جواز ما بعضه أجود وبعضه أردأ إذا قل، ولم يذكره ابن رُشْد ولا أكثرهم، وعزا ابن عبد السلام قوله: وإن كان فيها قدر الدينار لمحمد وهو في النوادر لمالك، كما مر، وسمع ابن القاسم: لا بأس بالمراطلة بالصنجة في كفة واحدة.

ابن رُشْد: هي أصح من كون الذهبين في كفتين ليتفق المماثلة بالصنجة والتحرز من عدمها بعين تكون في الميزان، وعزا المازري هذا الترجيح لبعض شُيُوخه، وصوبه، وسمع القرينان: لا بأس بالمراطلة بالشاهين إذا كان عدلًا.

ابن رُشْد: لا فرق بينه وبين غيره من الموَّازين، وقال وكيع: في قوله تعالى: ﴿وَزِنُوا بِالْقِسْطَاسِ الْمُسْتَقِيمِ﴾ [الإسراء: 35] هو الشاهين ابن سيدة: هذه كلمة غير عربية.

قُلتُ: وأظنه الميزان المسمى عندنا بالقرسطون وهو لا يحصل به تحقيقًا؛ لأن الوازنين فيه قد يختلفان لجواز استواء مختلفي القدر في الزيادة على قدر معين، وقول ابن الحاجب الوزن بصنجة جائز، وقيل: بكفتين يقتضي وجود القول بمنعه بالصنجة، ولا أعرفه إلا نقل المازري.

قال ابن كنانة لمالك لما قال بالمراطلة بالصنجة: إنهم يقولون إنما المراطلة كفة بكفة، فقال: لا بأس بذلك كله إذا اعتدل الوزن، ولعل هؤلاء الذين حكى عنهم ابن كنانة رأوا أن كفة بكفة أسرع تناجزًا.

قُلتُ: أو لأن مساواة قدر لقدر في الحس بتسويته به دون وسط أبين في يقين تساويهما من مساواته بتوسط مساواته مساويه، ولذا إذا كثرت الأوساط بينهما بان

اختلافهما، أبو حفص: والشريكان في دراهم وزناها بمثقال مائة، لا تجوز مراطلة أحدهما الآخر عن نصفه، فيها مثقال خمسين لجواز الاختلاف، ولو كانا وزناها وزنتين بمثقال خمسين جازت به، ولا يجوز مراطلة دينار وزن بمثقاله بوزنه بمثقالين النصف، بخلاف حلي أو دينار بينهما تجوز عن نصفه بمثقاله.

وفي اعتبار السكة والصياغة مقالات وطرق: عبد الحق عن بعض القرويين: في مراعاة السكة قولان لقول المَوَّازية: مراطلة دراهم بيض بسود أفضل من البيض معها فضة مكسورة مثل فضة البيض لا يحل مع قول ابن القاسم في المَوَّازية، مراطلة تبرٍ بدينار، وتبر أدنى من المنفرد لا تجوز، وقولها: مراطلة مسكوك بآخر معه تبر وهما أدنى من المنفرد جائز.

قال القروي: لو راعى السكة لم تجز؛ لأن التبر أدون وما معه له فضل السكة، فكان لا يجوز. فقبله عبد الحق ورده الصقلي بأن المنفرد أرفع منهما فالفضل في جهته فقط وصحح المازري وجود القولين فذكر الأول كما مر، وقال: وأجاز ذلك في المَدَوَّنة، قال فيها: من راطل تبرًا بتبر ودنانير، وهما أدنى من المنفرد جاز، فلو اعتبر السكة كان التبر المنفرد وسطًا؛ لأنه أجود مما يقابله من تبر، وأدنى مما يقابله من مسكوك لفضل سكته. قال: ورد هذا التخريج بعض المتأخرين بأنه إنما ذكر في المَدَوَّنة: إن التبر والدنانير دون التبر المنفرد وكون المنفرد أعلى جائز، وما قاله غفلة عما نبهنا عليه.

قُلتُ: قول المازري هذا وهم؛ لأنه نقل مسألة المَدَوَّنة على أنها في تبرين حسبما ذكره، وليست كذلك، إنما هي في مسكوكين حسبما ذكرها عبد الحق في تهذيب الطالب، وكذا نقلها الصقلي وكذا هي في المَدَوَّنة والتهذيب، وما عزاه للمَدَوَّنة في التبرين نص ابن القاسم في سماع أَصْبَغ على عدم جوازه كما تقدم عنه في المَوَّازية، وقال ابن رُشْد في سماع أصبغ: هذا وفاق لقوله في المَدَوَّنة.

ولما ذكر التونسي قول المَوَّازِيَّة في الدراهم السود والبيض قال: وكذا تجب إن كان التبر وما معه أجود؛ لأن التبر الذي مع الدنانير فيه جودة الذهب وهو دون المنفردة لعدم سكته، قال: فإن قيل: يلزم عليه منع دنانير بتبر أجود لتركه الجودة للسكة قيل: لا

يلزم هذا؛ لأنه يلزم عليه جواز تبرين بتبر متوسط بينهما؛ لأن كل تبر لو انفرد بأجود منه أو أردأ جاز.

قُلتُ: لا يخفى خلل هذا البحث لترتيبه فيه جوازا على منع، فإن أراد به ترتيب حكم الفرع على حكم الأصل في القياس التمثيلي بطل؛ لأن شرطه مماثلة حكم الفرع للأصل، وإن أراد ترتيب لازم على ملزوم استثنى نقيض لازمه فلا ملازمة بينهما بحال، ثم قال: ما حقه أن يقول أولًا؟ فأجاب: بأن المنفرد الوسط وبين ما يقابله يجب فيه الفض فيؤدي إلى التفاضل، والمنفرد لا فض فيه.

قُلتُ: وتمامه بجواب سؤال إن قيل: كما لزم فض المنفرد الوسط على ما هو وسط منهما، يجب فض المسكوك الأدنى من مقابله الأجود غير مسكوك؛ لأن سكته وسط بين جودة ما يقابله وعدم سكته قيل ما هو وسط بينهما في مسألة المنع أمران كل منهما قائم بنفسه يستقل بتعليق التقويم به دون الآخر فتتعدد قيماتهما فيمكن الفض، وما هو وسط بينهما في صورة الجواز أمران هما صفتان لموصوف واحد لا يستقل أحدهما بقيمة دون الآخر، وما هما له يمكن تقويمه من حيث كونه موصوفًا بهما، فاتحدت القيمة فامتنع الفض.

المازري: إن كان لأحدهما فضل، وللآخر فضل آخر، فمعروف المذهب جوازه، وروى الأبهري كراهة مراطلة أفضل عين بأفضل في الجواز؛ لأنها مبايعة أخرجتها عن المعروف.

قُلتُ: ويأتي على نقل ابن شاس: أن السكة والصياغة في المراطلة كالاقتضاء قول ثالث بالمنع.

اللخمي: في اعتبار السكة والصياغة مطلقًا أو فيما لم يتساويا في الجودة، نقل الشَّيخ أبي الحسن وقوله، ثم قال اللخمي: مراطلة دنانير سكة واحدة بدنانير سكتين إن اختصت المنفردة بجودة أو رداءة جازت، وإن تساوت إحدى الأخريين فعلى القولين، وإن توسطت امتنعت؛ لأنها مبايعة توجب قبض المنفردة على قيمتي السكتين فيختلف منابهما فيقع التفاضل، وكذا لو ظهر في إحداهما عيب لم يرجع بنصف الدنانير، وكذا مراطلة مسكوك بتبرين أو تبر ومسكوك، وإنما يراعى في المسكوك نفاقه لا صفة ذهبه،

وإنما يراعيها الشَّيخ أبو الحسن، وعلى القول الآخر يراعى الذهب والسكة إن كانت الدنانير المنفردة أنفق من الدنانير والتبر، وذهبهما أردى لم يجز، وكذلك إن كانت المنفردة أنفق من الدنانير ودون التبر، أو أنفق من التبر ودون الدنانير؛ لأنها تختلف بالفض، ومراطلة مسكوك، وتبر بمسكوك وتبر إن تساوت السكتان، واختلف التبران أو العكس، جائزة على قول ابن القاسم لا سَحنون.

ابن شاس: في اعتبار السكة والصياغة كما في الاقتضاء ولغوهما إذ لو اعتبرا كانا مع العين كعرض فيجب المنع ولم يقله أحد، ثالثها الصياغة فقط؛ لأنها مقصودة والسكة علامة فقط، وفي اختصاص الأقوال باتحاد العوضين أو تجري مع الاحتياط قولا المتأخرين، والظاهر أنها لا تجري لوجود القصد إليه فيتفق اعتبارهما مع الاحتياط.

قُلتُ: وعلى هذا يجب حمل قول ابن الحاجب: وفي اعتبار السكة والصياغة كالجودة طريقان: الأولى ثالثها: تعتبر الصياغة فقط، والثانية تقييد الأقوال باتحاد العوضين واعتبارهما إذا اختلف العوضان.

ابن عبد السلام: قوله: والثانية تقييد الأقوال باتحاد العوضين واعتبارهما إذا اختلف العوضان يعني: إن كانا متساويين في الجودة والرداءة، ألغيت السكة والصياغة اتفاقًا، وهذا هو مراد المؤلف باتحاد العوضين وإن اختلفا في الجودة والرداءة فها هنا تختلف في اعتبار السكة والصياغة وهو مراد المؤلف بقوله: واعتبارهما إذا اختلف العوضان.

قُلتُ: هذا وهم من وجهين:

الأول: جعله اتحاد العوضين محلًا للاتفاق على إلغاء السكة والصياغة وليس كذلك إنما هو محل الاتفاق على وجود الأقوال الثلاثة فيه، وجعله اختلاف العوضين محل الاختلاف ليس كذلك، إنما هو محل للاتفاق على اعتبارهما حسبما نص عليه ابن شاس وهو الذي يشهد له قاعدة الفض.

الثاني: تفسيره الاتحاد بالتساوي في الجودة والرداءة، ليس كذلك، إنما هو في كون عوض كل منهما من صنف واحد تساويا في الجودة أو اختلفا، وتفسيره الاختلاف

باختلافهما في الجودة والرداءة ليس كذلك إنما هو كون عوض أحدهما من صنفين بحيث يفرض الفض، ومن تذكر ما تقدم من الأقوال والروايات اتضح له ذلك.

وفي المراطلة بالمسكوك دون معرفة وزنه قولا الصقلي مع ابن عبد الرحمن، والقابسي محتجًا بمنع بيع المسكوك جزافًا، ونقل الصقلي عنه أولًا: لفظ المنع، وثانيًا: لفظ الكراهة،ولو وجد من راطل تبر ذهب أصفر بدنانير ذهب أحمر فوجد فيها ما لا يجوز في السوق وذهبه أحمر جيد ففي تمكينه من رده قولا أشهب وابن القاسم فيها قائلًا: لأنه إنما يرجع بمثل ما يرد أو أدنى، وكذا لو راطل تبرًا بخلخال ذهب مثل تبره أو أجود.

وفيها: كره مالك أن يصرف دراهم من رجل بدنانير، ثم يبتاع منه بتلك الدنانير دراهم غير دراهمك، وغير عيونها في الوقت أو بعده بيومين.

ابن القاسم: إن طال الزمان وصح أمرهما لا بأس به.

اللخمي أجاز ابن القاسم مراطلة الذهب الأحمر بالأصفر، ومحمله في الأصفر من أصل الخلقة، وإن كان لغش لم يجز لرواية ابن شعبان: إن كانت الدنانير مغشوشة فلا أظن المراطلة بها جائزة.

وعبر المازري عن هذه الرواية بالمنع.

اللخمي: وفيها لابن القاسم: من اشترى دنانير ذهبًا أحمر إبريزا بتبر أصفر، فوجد في الدنانير ما لا يجوز في السوق، فلا يرده إلا أن يكون مغشوشًا فيتنقض من الصرف بقدره فلم يبين هل ذلك إن قام مشتريها بالعيب أم لا؟ وعلى قول مالك ينتقض جبرًا، فلا يجوز تبر بتبر أحدهما مغشوش، فإن دخلا على السلامة، ثم ظهر غش أحدهما أجبرا على نقضه، إن كان المغشوش أجود ذهبا متى أزيل غشه، وإن كان يكون مساويًا أو أدنى جاز؛ لأنه تفضل لا مبايعة.

ابن رُشْد: في كون الدنانير المشوبة بفضة أو نحاس والدراهم المشوبة به يعتبر وزن كلها بما فيها كوزن خالص، واعتبار قدر الخالص فيها فقط في المراطلة والنكاح، والزكاة والسرقة قولان للشُيُوخ مستدلًا قائلهم بالأول بقول أشهب في صرفها، والثاني

الصحيح لنهيه ﷺ عن الذهب بالذهب والورق بالفضة إلا مثلًا بمثل[1]، وإنما معنى قول أشهب في اليسير على وجه المعروف لقوله: وإنما يشبه هذا البدل، وكان شيخنا ابن رزق لا يجوز على مذهب مالك مراطلة الذهب العبادية بالعبادية، ولا الشرقية بالشرقية؛ لأنه ذهب، وفضة بذهب، وفضة وذهب بذهب ونحاس بذهب ونحاس، وذكر المازري ما ذكره ابن رُشْد من التقييد، ودليله لبعض الشُيُوخ. قال: وقال غيره منهم قول أشهب عام في القليل والكثير لقوله: لا بأس بذلك إذا بيع وزنًا بوزن، واغتفار اليسير في المبادلة إنما هو إذا كانت عددًا لا وزنًا.

قُلتُ: هو اختيار ابن محرز، وعلى هذا الاختلاف اختلف شُيُوخ شُيُوخنا في جواز الرد في الدرهم القديم وهو درهم رومي الضرب فيه قدر من النحاس بناء على اغتفاره واعتباره وهو اليوم غير موجود ببلدنا، وسمع عيسى ابن القاسم، من ر اطل دنانير فوجد بعد مفارقته دينارًا مغشوشًا انتقض عدله فقط.

ابن رُشْد: لأن الذهب تبر، ولو كان حليًا أو دنانير مخالفة لها في الوزن انتقض الجميع.

[باب المبادلة]

المبادلة: ابن بشير: بيع العين بمثله عددًا[2]، والمذهب حرمة بيع دينار بدينارين،

---

(1) أخرجه البخاري: 319/4، 320 في البيوع، باب بيع الذهب بالورق يداً بيد، وباب بيع الذهب بالذهب، ومسلم: رقم (1590) في المساقاة، باب النهي عن بيع الورق بالذهب ديناً.

(2) قال الرَّصاع: ذكر الشَّيخ رحمه الله المبادلة وعزا رسمها لابن بشير؛ لأنه رضي رسمه لها بها ذكر فلم يذكره من غير عزو مخافة أن يقال أنه مسبوق به، وهذا من حسن فعله وتحسين نيته رحمه الله ونفع به، فقال: قال ابن بشير: (بيع العين بمثله عددا) فقوله: (بيع العين) جنس يدخل فيه الصرف والمراطلة وغير ذلك قوله: (بمثله) أخرج به الصرف قوله: (عددًا) أخرج به المراطلة وذلك إذا أعطى دينارًا عددًا بدينار وكان أحدهما أنقص فهذه مبادلة شرعًا لا مراطلة.

(فإن قلت): لأي شيء عبر هنا بالعين، وقد قدمنا أنه عدل عن ذلك لسر ما تقدم.

(قُلتُ): إنما عبر هنا بذلك؛ لأنه لا يرد عليه ما ورد هنالك؛ لأنه حافظ في ذلك على أصل العين لتدخل في الصرف وهنا لا تقع المبادلة في أصل العين، فإنها إنما تقع في المضروب من العين، ولذا لم يذكرها

وفي قصر اللخمي، عزوه لأشهب إيهام، قال: وأجازه المخزومي وإن كان أحدهما نقدًا والآخر لأجل، ولما ذكر ابن بشير نقل اللخمي هذا قال: وليس كما قال إنما ألزم المخزومي أشهب ذلك حسبما يذكر في السلم، وما حكاه اللخمي جمهور الأمة على منعه عدا ابن عباس، وقيل رجع عنه، وعلى المعروف إن اتحدا في القدر والصفة والعدد فواضح، وإن كان أحدهما أوزن فقط، جاز في ثلاثة اتفاقًا وفي الستة روايتا المازري مع اللخمي قائلًا: وكرهه فيما كثر، وظاهر كلام المازري المنع فيما كثر، وصرح به ابن بشير وزاد اتفاقًا.

وفي النوادر عن ابن القاسم: يجوز في دينارين وشبه ذلك، ولا خير في العشرة وسمع ابن القاسم جواز بدل ذهب أو ورق ناقصة بوازنة.

ابن رُشْد: يريد فيما قل كالثلاثة إلى الستة على ما في المدَوَّنة. ورد سَحنون الستة إلى ثلاثة، الشَّيخ عن العتبيَّة قال مالك: من أبضع معه دينارًا لا بأس أن يبدله بأجود منه عينًا ووزنًا ويعلم صاحبه.

قُلتُ: كذا في النوادر ويعلم صاحبه، وكذا ذكرها الباجي وهي في سماع ابن

في الفلوس فحسن التعبير هنا بالعين، وفي غير المبادلة فيما هو أعم من العين.

(فإن قلت): لأي شيء لم يقل بيع العين به وصرح بالمثل.

(قُلتُ): هنا يجب التصريح بالمثل؛ لأنه لو قال به لصدق على بيع دينار عددا بدرهم عددا فناسب أن يقال بمثله عددًا.

(فإن قلت): لم لم يزد هنا بعد قوله:عددًا لا وزنا كما زاده قبل في المراطلة في الفلوس، فإن كان ذكر العدد يجزئ عن ذلك فلا حاجة لذكره فيما تقدم جريا على ما يتعين رعيه عنده: من عام الاختصار، وإن كان ذلك لا يغني عن تلك الزيادة فلا بد من ذكرها هنا.

(قُلتُ): تقدم ما في هذا فراجعه ثمة، ولم يظهر قوة جواب في الفهم عن مراده وسر تخصيصه.

(فإن قلت): وقع في سماع ابن القاسم بدل ذهب أو ورق ناقصة بوازنة فقد أطلق الذهب، ولم يقل العين.

(قُلتُ): قال ابن رُشْد: كالثلاثة إلى الستة على ما وقع في المدَوَّنة، والواقع فيها في المضروب غاية الرواية أنها أطلقت الأعم على الأخص.

(فإن قلت): حد الشَّيخ أعم من المبادلة الصحيحة أو الفاسدة.

(قُلتُ): هو كذلك؛ لأن لها شروطا في الجواز والله الموفق والله سبحانه يثيبه ويرضى عنه.

القاسم من كتاب البضائع، وفي نصها: أترى أن يعلم صاحبه إذا أبدله، قال: لا بأس عليه أن لا يعلمه، ولا ضمان عليه.

ابن رُشْد: استخفه لغلبة الظن، أن صاحب الدينار يرضى بذلك، فليس عليه أن يعلمه والقياس أن لا يجوز ابتداء إلا برضاه، وأن يكون ضامنًا له إن فعله بغير رضاه، إذ لا يلزمه قبول معروفه، ولعله لا يرضاه فيدخله عدم المناجزة للخيار الواجب له، وتخفيفه جار على لغو الخيار الحكمي، وأطلق اللخمي والصقلي والمازري والجلاب والتلقين وغير واحد، القول في قدر النقص، وهو ظاهر ما نقله الشَّيخ.

وقال ابن رُشْد في سماع ابن القاسم المتقدم: ظاهر هذه الرواية جواز بدل الطعام المعفون بالصحيح السالم على وجه المعروف في القليل والكثير، ومنع ذلك أشهب كالدنانير الكثيرة النقص.

وفيها: فظاهره الاتفاق على منعه في الدنانير الكثيرة النقص ولم يحد فيه حدًّا، وهو اختيار بعض من لقيناه.

وقال ابن شاس: أبلغ ما اغتفر من النقص سدس دينار وقيل دانق، وعزا ابن عبد السلام الأول للمدَوَّنة، وفيه نظر؛ لأنه لم يذكره تحديدًا؛ بل فرضا، ونصها لو أبدل ستة دنانير تنقص سدسًا سدسًا بستة وازنة فلا بأس.

وفيها: إن كان الناقص أفضل في عينه ونفاقه من الوازن فلا خير فيه.

اللخمي: وكذا إن كانت سكته أفضل منع، وفيها: إن اتفقا في النفاق والجودة، جاز.

قُلتُ: إن كانت سكة الوازن أفضل قال. قال مالك: لا خير في هاشمي ينقص خروبة بقائمٍ عتيق وازن، فتعجبت منه، فقال لي طليب بن كامل: لا تتعجب، قاله ربيعة.

ابن القاسم: لا أدري من أين أخذه ولا بأس به عندي.

وقال اللخمي ما نصه: إن كانت سكة الأوزن أجود، فكرهه مالك وأجازه ابن القاسم، قال: وجه شيخنا أبو الطيب قول مالك باختلاف نفاق السكك بالبلاد.

زاد ابن بشير: كمنع اقتضاء سمراء من محمولة.

ابن شاس: وقمح من شعير قبل الأجل.

ابن عبد السلام: ما تعجب فيه ابن القاسم ظاهره أن الأزيد فيه أجود جوهرية لا أجود سكة؛ لأن سكته أموية نسختها السكة العباسية، وهذا هو المعروف في صفة العتيق أنه أجود، وبهذا يبين أن احتجاجهم بمنع اقتضاء القمح من الشعير قبل الأجل غير بين؛ لأن الشعير قد يراد للعلف.

قُلتُ: إن أراد تعقب الاحتجاج بهذه الصورة فقط فواضح إنتاج تعقبه عكسه؛ لأن العلف في الشعير كجودة السكة في الناقص فيتم الاحتجاج، وإن أراد تعقب مطلق الاحتجاج رد بالسمراء من المحمولة، إذ لا علف يخصها، وهذا كله تسليم منهم لجري قول ابن القاسم على القياس وصحة قوله لأسد وسَحنون، لا أدري من أين أخذه، وكلاهما غير صحيح.

أما الأول فلأن الهاشمي الأنقص اختص بقبح النقص، وفضل السكة؛ لأنها الثابتة الناسخة سكة العتيق، والعتيق اختص بفضل الوزن والطيب على ما قاله ابن عبد السلام، واختص بقبح السكة فقد دار الفضل من الجهتين فيجب المنع، وهو قول مالك خلاف قول ابن القاسم وتعجبه وموافقته طليب حيث استعذر بقوله: قاله ربيعة. وبه يتبين عدم صحة قوله: لا أدري، وفيها: بدل الدينار المصري والعتيق الهاشمي لنقص فيه بدينار دمشقي قائمًا أو بارًّا أو كوفيًا، خبيث الذهب لا يصلح، وهذه كلها هاشمية، إنما رضي صاحب القديم بالناقص الهاشمي لفضل ذهبه وجودته على ديناره، ولو كانا دمشقيين أو مصريين أو عتيقين أو هاشميين لم يكن به بأس على وجه المعروف هذا وجه ما فسر لي مالك.

عياض: البار بتشديد الراء: الرديء، وصوابه الباير،وقال بعضهم: قوله: هذا هو شرح لمسألة طليب، وقيل يحتمل اختلاف قول مالك، وأن هذا رجوع منه لقول ابن القاسم، أبو عمران يحتمل أن: ابن القاسم يجيزه إذا اختلفا في السكة والنفاق معًا ما لم يكن فضل في عينه ولا يجيزه مالك مع اختلاف النفاق، ويجيزه مع اختلاف السكتين إذا اتفق النفاق.

وفيها: بدل مرواني ضرب زمن بني أمية، وهو ناقص بدينار هاشمي ضرب زمن

بني هاشم إن كان كوزنه، وإن كان الهاشمي أنقص فقد كرهه مالك بحال ما أخبرتك ولا بأس به عندي.

قُلتُ: سكة الهاشمي أنفق؛ لأنها الثانية حسبما مر فإذا كان أنقص وجب منعه على كل حال، وإنما يتوجه قول ابن القاسم إن كانت سكته أدنى.

المازري: وشرط بدل الناقص بالوازن اتحاد العدد لا يبدل دينارًا بدينارين.

قُلتُ: لقولها: لو أبدل ستة تنقص سدسًا سدسا بخمسة لم يجز.

اللخمي: يجوز بدل دينار طيب بدينار مغشوش بنحاس أو فضة إن كانت السكة واحدة، وكذا دينار صحيح.

[باب في الاقتضاء]

الاقتضاء: قبض ما في ذمة غير القابض[1]؛ فيخرج قبض المعين والمقاصة وينقض

(1) قال الرَّصاع: قول الشَّيخ: (عرفا) تقدم الكلام في نصب ذلك، وأن ذلك مثل قول ابن الحاجب الدليل لغة أي حد الدليل في اللغة وإنما خصص الشَّيخ: الاقتضاء بالعرف مع أن المعلوم أنه إنما يحد الحقائق العرفية الشرعية؛ لأن الاقتضاء في عرف الشرع يختلف ومقصده أخص عرف في الشرع قوله: (قبض) إشارة إلى أنه حسي وحكمي، ولذلك أخرج المقاصة بقوله:غير القابض وأخرج بالذمة المعين إذا قبضه.

(فإن قلت): ذكر الذمة في الرسم فيه إبهام؛ لأنها حقيقة، وقد اضطرب في تفسيرها.

(قُلتُ): رسمها الشَّيخ: في السلم وستأتي.

(فإن قلت): رسمه: يصدق على من لا حق له في ذمة شخص وقبض منه، فإنه لا يصدق فيه الاقتضاء شرعًا، والرسم صادق عليه.

(قُلتُ): لا نسلم صدق الرسم عليه؛ لأن قبض ما في الذمة يستدعي براءتها، وقبض المتعدي لا يوجب ذلك ولا يخفى ما فيه، ولما ذكر الشَّيخ رسم الاقتضاء عرفًا أورد عليه أنه غير جامع لخروج قبض الكتابة، وقد سماها اقتضاء في المدَوَّنة ويخرج أيضًا قبض منافع المعين؛ لأنهم أطلقوا عليها اقتضاء منافع ثم بين أن الحد لا يصدق على هذين؛ لأن في الحد قبض ما في الذمة وهذان ليسا في ذمة. قال: فيقال قبض ما وجب منفعة أو غير معين في غير ذمة قابضه.

(فإن قلت): تقدم للشيخ: أنه حد البيع الأعم عرفًا والبيع الأخص وخصص كلا برسمه والجاري على ذلك هنا أن يقول كذلك فيحد الاقتضاء بحد أعم ويحده بحد أخص والمقصد بمسائل الصرف إنما هو أخصه لا أعمه ويكون ذلك كما ذكر في البيع ويؤيده ما ذكره في الشركة.

=

بقبض الكتابة لإطلاقاتها على قبض أحد الشريكين في الكتابة اقتضاء وقبض منافع معين لإطلاقهم اقتضاء منافع من دين، وليسا في ذمة فيقال قبض ما وجب منفعةً أو غير معين في غير ذمة قابضه، وهو في القرض بالمماثل أو الأجود صفة جائز اللخمي: وكذا وازن أو أوزن عن مقابله كمائة درهم وازنة عن مائة كل درهم منها نصف درهم.

قُلتُ: هو نصها، وفي تقييدها بكون الأنقص معتبرًا درهمًا بذاته لا نصف درهم، وإلا منع كزيادة كثيرة في العدد كخمسين قيراطًا جديدة تونسية لا يصح عنها خمسون درهمًا جديدة تونسية وإطلاقها فتصح فيها الخمسون عن الخمسين نقلا بعض شُيُوخنا

(قُلتُ): هذا سؤال ظاهر ولعل الشَّيخ ﷺ قصد ذلك ويكون حده الأخص هو الأول وحده الأعم هو الثاني إلا أن يقال: لو قصد ذلك لما أورد عليه ما أورد فتأمله والله سبحانه ينفعنا به وبعلمه ويمن علينا بما من عليه به.

(فإن قلت): استدلال الشَّيخ ﷺ من المدَوَّنة وغيرها أن الاقتضاء يطلق على اقتضاء المنافع فيه بحث؛ لأنه إنما أطلقه في المدَوَّنة مقيدًا لا مطلقًا، وذلك يدل على المجاز فلا يصح الاستدلال به على الحقيقة؛ لأنه إذا أطلق الاقتضاء مطلقًا لا يتبادر في الذهن ما ذكر.

(قُلتُ): وهذا قد تقدم قريبا البحث به في نظير استدلاله ويظهر وروده.

(فإن قلت): وهل يقال ذلك في الاستدلال على الكتابة.

(قُلتُ): البحث يمكن في ذلك كله.

(فإن قلت): وقع في كتب الفقهاء لفظ الاقتضاء عرفًا، ولفظ القضاء وقد وقع أصله في الحديث «إن خياركم أحسنكم قضاء» وكذلك قوله ﷺ: «رحم الله عبدًا سمحًا إذا قضى سمحًا إذا اقتضى» والقضاء من فعل المدين والاقتضاء من فعل صاحب الدين فما سر كون الشَّيخ ﷺ تعرض لحقيقة أحدهما فقط مع أن ذلك كثير تردده فيهما في كتاب الصرف وغيره.

(قُلتُ): لم يظهر سر تخصيصه ولعله لغلبة كثرة استعمال الاقتضاء، وانظره مع ما وقع لهم في كتاب السلم، وحد القضاء يمكن أن يؤخذ من حده هنا فيقال فيه دفع ما وجب منفعة، أو غير معين في غير ذمة قابضه فتأمله، وما يرد عليه.

(فإن قلت): إذا باع ثوبًا بدينار ثم دفع عن الدينار دراهم، ثم استحق الثوب، فإنه يرجع المشتري على البائع بما دفع له وسموا ذلك اقتضاء فكيف يدخل في رسمه.

(قُلتُ): دخوله ظاهر في حده؛ لأنه يصدق فيه قبض ما وجب إلخ، وهذا هو الذي عبر عنه الشَّيخ: بعد في قوله:واقتضاء ما لزم عن استحقاق عوض أخذ عن أحد عوضي الصرف متعلق بعوض عوضه دونه، ومتعلق خبر عن اقتضاء ومعناه ما أشرنا إليه من مسألة المدَوَّنة، وهي الواقعة في السؤال والله سبحانه أعلم وبه التوفيق.

عن شُيُوخه.

قُلتُ: وهما، نقل اللخمي، وقوله: ثانيًا روى محمد إن قضى أكثر عددًا فلا خير فيه، وإن صح؛ لأنه ذريعة للحرام فجعله حماية للحرام لا حرامًا، والحماية في العدد والوزن واحد في قضاء مائة درهم وازنة عن مائة وزن كل منهما نصف درهم، وزيادة العدد والوزن فيما أقرض به جملة في جوازه ومنعه إلا رجحان الميزان، ثالثها إلا فيما قل كدرهمين في مائة وإردبين فيها، للخمي عن عيسى بن دينار مع القاضي والشَّيخ عن محمد عن ابن القاسم مع اللخمي عن رواية محمد والشَّيخ عن أشهب مع ابن حبيب قائلًا: في كل شيء إن كانا من أهل الصحة عند القضاء أو بعده لا قبله، وذكر ابن بشير الثالث جاعلًا الثلاثة كالدينارين في المائة، وقول ابن عبد السلام عزا اللخمي لابن حبيب قول عيسى لم أجده، وقبوله عزو ابن الحاجب الأول لأشهب لا أعرفه، إنما عزا له الشَّيخ والصقلي ما قلناه وقضاء أقل صفة وقدرًا جائز بعد حلوله لا قبله لمنع (ضع وتعجل)، وفيه خلاف، وإن دار الفضل بين العوضين منع ابن بشير اتفاقًا.

اللخمي: إن اختلف ا لوزن وإن اتفق كان على قولين في كون القضاء، كالمراطلة، والاقتضاء في ثمن البيع كالقرض ويجوز الأفضل مطلقًا، ومسائلها مع غيرها واضحة في اعتبار السكة والصياغة كالجودة والقدر في الاقتضاء.

ابن شاس عن ابن بشير: السكة والصياغة معتبرتان فيه اتفاقًا، ثم حكى فيها عن اللخمي قولين من إجرائه الاقتضاء على المراطلة عول على روايات:

منها: إذا استسلف قائمة بمعيار، أو باع به فله اقتضاء مجموعة مثل وزنها، والمجموعة أكثر عددًا قال: وهذا على أن الاقتضاء كالمراطلة، ورد ابن بشير بأن التعامل بالوزن يلغي العدد، فذكره ابن الحاجب بلفظ: والسكة والصياغة في القضاء كالجودة اتفاقًا، وخرج اللخمي مما إذا باع أو أسلف قائمةً وزنًا إلى آخر رد ابن بشير: فقال ابن عبد السلام: تخريج اللخمي ضعيف؛ لأن دوران الفضل إنما هو باختصاص كل من الجهتين بفضل ليس في الأخرى، وإن اتحد نوع الفضل بينهما فلا دوران، والقائمة والمجموعة في نوع السكة والصياغة في الاقتضاء، واستدل عليه بما تقريره كلما كان الاقتضاء بالمراطلة لزم إلغاء السكة، إنما هو باختصام كل من الجهتين بفضل ليس

في الأخرى، وإن اتحد نوع الفضل بينهما فلا دوران، والقائمة والمجموعة اتحدا في نوع السكة سلمنا صحته في السكة، ولا يلزم في الصياغة؛ لأنها أقوى عند بعضهم حسبما تقدم في المراطلة، وضعف رد ابن بشير بأنه في غير محل النزاع؛ لأن النزاع في السكة والصياغة لا في العدد.

قُلتُ: رده تخريج اللخمي ورد ابن بشير، وهم نشأ عن عدم إدراكه فهم تخريج اللخمي وتصوره، وبيان تخريجه أنه ادعى لغو السكة والصياغة في الاقتضاء، واستدل عليه بما تقريره كلما كان الاقتضاء كالمراطلة لزم إلغاء السكة والصياغة، والملزوم حق لإجازة ابن القاسم اقتضاء المجموعة من القائمة في الصورتين، وهذا؛ لأن للقائمة فضلًا في وزنها، وعينها حسبما قالوه في صفتها، وللمجموعة فضل عددها فلو لم يجعل اقتضاءها منها كمراطلتها بها لم تجز؛ لأن دوران الفضل بينهما في الاقتضاء يمنعه، وفي المراطلة لا يمنعها فثبت أن الاقتضاء كالمراطلة، وبيان الملازمة واضح؛ لأن السكة والصياغة في المراطلة لغو، والاقتضاء ثبت كونه مثلها فوجب لغوهما فيه، فإذا فهمت هذا علمت أن تضعيفه تخريج اللخمي بما ذكر إنما هو لاعتقاده أن اللخمي أخذ من إجازة ابن القاسم المذكورة نفس لغو السكة ثابتة فيهما،واعتقاده هذا وهم، إنما أخذ اللخمي من إجازة ابن القاسم، المذكورة أن الاقتضاء كالمراطلة حسبما صرح به اللخمي في موضعين من كلامه في تبصرته كما قررناه، وقول ابن عبد السلام سلمناه في السكة فلم يلزم في الصياغة بناء على فهمه المذكور، وكذا تضعيفه رد ابن بشير بقوله: إنه في غير محل النزاع بناء عليه فتأمل ذلك، وبما ذكرناه وقررناه سلم.

ابن شاس وابن الحاجب: تخريج اللخمي ورده ابن بشير، وفي صرفها من لك عليه فلوس من بيع أو قرض فأسقطت لم تتبعه إلا بها، وقاله ابن المسيب في الدراهم إذا أسقطت.

وفي رهونها: من باع بفلوس ففسدت فليس له إلا مثلها، ولو كانت حين العقد مائة بدرهم ثم صارت ألفا به، وفي التلقين: من باع بنقد أو أقرضه ثم بطل التعامل به لم يكن عليه غيره، أو قيمته إن فقد.

ابن بشير: حكى الأشياخ عن كتاب ابن سَحنون، إن انقطعت الفلوس

قضى بقيمتها.

ابن محرز: اختلف في هذا الأصل، روى محمد في الفلوس والتمائم من الرصاص تباع بعين لأجل لم يبلغه تحريمه، عن أحد وليس بحرام، وتركه أحب إليَّ.

أشهب: يفسخ إن نزل إلا أن تفوت الفلوس بحوالة سوق، أو تبطل فجعل حوالة أسواقها أو بطلانها فوتًا، وظاهره أنه يرد قيمتها.

ابن بشير: استقراء ابن محرز، يحتمل كونه كما قال، أو إنه قضى بالقيمة؛ لأنها زيوف أو لأنها على صفة لا يوجد مثلها، واختلف فيما دخلته الصنعة، من موزون هل يقضي فيه بالمثل أو القيمة كالغزل.

قُلتُ: يرد استقراء ابن محرز بأن مراد أشهب بقوله: إلا أن تفوت الفلوس بحوالة سوق، أو تبطل أنه يمضي البيع حينئذ لا أنه يقضي بقيمة الفلوس، ولم يحك المازري غير قولها. قال: وكان شيخنا عبد الحميد يعدل عن مذهب المدَوَّنة، ويستدل بأن دافع عوضها دفع ما انتفع به ليأخذ ما ينتفع به، ولا يحصل له ذلك إلا بقيمتها، فإن لم توجد بعد انقطاعها فعليه قيمة السلعة كمن أسلم في فاكهة فانقطع إبانها، وجرت المسألة بمجلسٍ شيخي أبي الحسن اللخمي فنصرت ما قاله شيخي عبد الحميد، فقال لي الشَّيخ أبو الحسن: ناظرته في هذه المسألة، وألزمته أن يجعل مقالًا لمن أسلم في طعام فصار لا يساوي شيئًا له قدر أيبطل السلم، وأفهمني أنه لم يجب عن هذا الالتزام فأجبته بأن أصل جواز السلم اعتبار اختلاف الأسواق، ولذا منع السلم الحال، فلو أوجب اختلاف أسواقه فسخه كان تناقضًا فلم يجبني بشيء.

قُلتُ: يرد جواب المازري بنفي التناقض؛ لأن شرط السلم اختلاف الأسواق وموجب فسخه صيرورته لكونه لا يساوي شيئًا، فالانتفاع بذاته باق وهو الأكل، وهو المقصود منه بالذات لا الأثمان، ولذا كان الأصل فيه القنية، والفلوس لا منفعة فيها إلا نفاقها، وعلى القول بقيمتها في البيع أو القرض، ففي كونها يوم اجتماع انقطاعها وحلول أجلها، أو يوم انقطاعها، ثالثها يوم القيام لنقل اللخمي، مع ابن محرز وأحد نقلي المازري، وثانيهما، ونقل ابن بشير، الصقلي عن بعض القرويين: إن أقرضه دراهم فلم يجدها بالموضع الذي هو به الآن فله قيمتها بموضع قرضها يوم الحكم، وقول ابن

عبد السلام: لا أدري كيف يتصور القضاء بقيمتها مع وجودها إلا أن يريد بقيمتها يوم تعلقت بالذمة مع تسليمه تصور قيمتها في انعدامها يرد بأن لا فرق بينهما في التحقيق كما تصورت قيمتها معدومة على تقدير وجودها، فكذا في حال وجودها، وانقطاع التعامل بها على تقدير ثبوته، وتقويم الشيء على تقدير حالة هي غير حاصلة في المدَوَّنة وغيرها كثير.

ومعرفة دوران الفضل في الاقتضاء بمعرفة حقيقة العوضين والمقصود منهما، وفيها الدنانير المجموعة هي المقطوعة الناقصة تجمع في الكيل.

قُلتُ: يريد المعتبر وزنها من حيث جمعها لا من حيث آحادها.

وفيها: القائمة هي الميالة الجياد إذا جمعت مائة زادت في الوزن مثل الدينار، والفرادى إذا جمعت في الوزن نقصت في المائة مثل الدينار، وابن شاس: للقائمة فضل الوزن والعين، وللمجموعة فضل العدد ونقص الصفة، وللفرادى نقص الوزن، وقد تكون خالصة أو دون ذلك.

قُلتُ: هذا ينتجه استقراء مسائلها، وصور اقتضائها ست مجموعة منهما وعكسه وأحدهما من الأخرى وعكسه، وفي منع المجموعة من القائمة، وجوازها ثالثها، هذا إن لم يكن لكثرة العدد عندها فضل لها، وللمازري مع ابن رُشْد عن تخريج التونسي من إجازة الموَّازيَّة أخذ دينار ينقص خروبة مع خروبة عن دينار وازن، والمازري عن تخريج التونسي ومن إجازة أشهب أخذ نصف دينار وعرض عن دينار، واللخمي عن المذهب.

قُلتُ: عزا ابن شاس الأول لها دون ذكر استثناء، وهي فيها بزيادة؛ لأنه ترك فضل عين ووزن لفضل عدد، إلا أن يسلفه بمعيار عرف وزنه أو شرط في البيع الكيل مع العدد فيجوز أخذك مجموعة، وإن كانت أكثر عددًا، ونقلها الصقلي باستثنائها ولم يتعقبها، وفيه نظر؛ لأن المعيار يرفع فضل وزن القائمة لا جودتها فيدور الفضل بجودتها، وعدد المجموعة، واستشعر اللخمي هذا التعقب، فقال: هذا أحد القولين أن الاقتضاء كالمراطلة، وقبول المازري تخريج التونسي واضح الرد؛ لأن إجازة الموَّازيَّة محملها على الأصل وهو التساوي في الجودة فلا دوران فضل وإنما يتوهم هذا التخريج

من ظن أن منع المجموعة من القائمة إنما هو لكثرة عددها دون اعتبار دوران الفضل، وما أبعده عن مثل التونسي، والمازري، وتخريجه من مسألة القراض أبعد؛ لأنها بيع واقتضاء قائم من شائع مساو له صفة وقدرًا كما لو وهبه نصف دينار له عليه، وأخذ نصفه ذهبًا، ولابن رُشْد عن التونسي نحو ما للمازري عنه، وفي جواز القائمة من المجموعة قولها، وقول اللخمي، وتعقب قولها بأن تعليلها منع الأولى بدوران الفضل يوجب منعها، وأجاب الشَّيخ بأن اعتبار عدد المجموعة إنما هو من حيث قبضها لتحقق وجودها به، وهو من حيث تقررها في الذمة لغو لعدم تحققه بالفعل، والمجموعة من الفرادى وعكسه فيها منعها لدوران الفضل، فضل عيون الفرادى، وفضل عين المجموعة.

وفيها: ما بعت بفرادى وشرطت كيله مع العدد جاز أن تأخذ كيلًا أقل عددًا، أو أكثر.

قُلتُ: هذه من باب اقتضاء المماثل صفة وقدرًا، المخالف عددًا ولا دوران فيه.

الشَّيخ: يجوز عندي القائمة من الفرادى وعكسه، ما لم تكن الفرادى أفضل عيونًا.

قُلتُ: أصل قول مالك جواز مثل عدد دراهم القرض فأقل، إن كان وزن كل درهم كدرهم القرض فأقل إذا اتفقت العيون، ولا يجوز أقل عددًا وأكثر وزنًا.

الصقلي: لأن الأوزان أنفق كقائمة أقل عددًا من فرادى لا يجوز؛ لأنه باع فضل عيون بزيادة.

قُلتُ: هذا خلاف قبوله إطلاق قول الشَّيخ: تجوز القائمة من الفرادى، وعكسه، دون قيد كون القائمة ليست أقل عددًا.

وفيها: ما بعت بفرادى فلا تأخذه كيلًا، وكذا عكسه، وما بعت بفرادى وشرطت كيله مع العدد جاز أن تأخذ فيه كيلًا أقل عددًا أو أكثر، كبيع سلعة بمائة درهم كيلًا تشترط عددها داخل المائة خمسة فجائز أخذك أقل، عددًا أو أكثر في مثل الوزن ومثله، سمع ابن القاسم.

ابن رُشْد: معنى قوله: ما شرطت كيله لا تأخذه عددًا، أي: لا تأخذه عددًا تتحرى أنه وزن ما لك، أو عددًا يعلم أنه أقل وزنًا مما لك لترك زيادة الوزن لفضل

العدد، ولو علم أن ما أخذ أكثر في الوزن مما له لجاز، وهو نص قولها في جواز القائمة من المجموعة، وظاهر قوله: ما شرطته عددًا لا تأخذ به كيلًا إنه لا يأخذ به كيلًا مثل وزنه أو أقل أو أكثر، أما مثل وزنه فلا يجوز إلا على قول أشهب، وأكثر من وزنه لا يجوز بحال، وأقل منه يجوز إن كان أقل عددًا لا إن كان أكثر.

وفيها: لا تأخذ عن درهمين فرادى عرف وزن كل منهما، ولم يجمعا في الوزن وزنهما تبر فضة مثل جودتهما أو أقل؛ لأن وزن الفرادى يزيد على المجموعة الحبة والحبتين أو ينقص.

عبد الحق عن بعض القرويين: معناها: أنه عرف وزنهما تحريًا، ولو كان تحقيقًا لجاز لاتفاق وزن المجموع والمفروق إنما يتقى اختلافهما في ما كثر، ونحوه نقل الصقلي عن أشهب إن عرف وزن كل منهما على حدة؛ جاز قضاؤهما تبرًا مفردين ومجموعين.

وفي الموَّازية: يجوز قضاء وزن كل درهم مفردًا فضة، وسمع ابن القاسم: من باع بدنانير قائمة أو وازنة أو ناقصة نقصًا معلومًا لا ينبغي أن يأخذ ناقصة مكانها بوزنها؛ لأنه يدخل فيه اختلاف في الوزن.

ابن رُشْد: إنما قال لا تجوز؛ لأنه إن أخذ ذهبًا بوزن العدد الذي له لم يدر أخذ أقل وزنًا أو أكثر إذ لا بد أن يزيد وزنه أو ينقص فيغتفر فضل العدد رجاء زيادة الوزن؛ لأن الصرافين يزعمون أن الذهب إذا جمع نقص، وإن فرق زاد، وهو كقولها في الدرهمين الفردين يأخذ بوزنهما تبر فضة، وقول ابن حبيب في الواضحة خلاف قوله في سماع أشهب: لا بأس بدينار ينقص خروبة وخروبة عن دينار قائم، وقيل ليس بخلاف؛ لأنه في دينار واحد ولو اقتضى عن العدد الذي له ذهبا مجموعة في الوزن أكثر وزنًا من عدد الذهب التي له لتركه فضل العين لزيادة العدد، انتهى.

قُلتُ: قف على تفسيره لا ينبغي بلا يجوز، وسمع أيضًا لا بأس على من ابتاع بدانق، ثم بدانق حتى كثرت أن يقضي عنها دراهم، ودين الله يسر.

ابن رُشْد: إنما خففه ولم يصرح بجوازه؛ لأن الدوانق لو جمعت بعد وزنها، مقطعة لم يكن بد من أن ينقص عن وزن الدراهم التي قضاه أو تزيد، وقد اتقى هذا المعنى في التي قبلها.

الشَّيخ: روى محمد من نكح بدنانير لم يجز عنها سوارا ذهب.

قال في المختصر: إلا مثلًا بمثل ولتردهما وتأخذ دنانيرها فإن فاتا فمثلهما، وإن جهلا وزنهما فقيمتهما، وإن أخذت قلادة فيها قليل ذهب مما يباع مثلها بذهب جاز.

وفيها: إن قبضت عشرة مجموعة من بيع فرجحت جاز أخذ رجحانها عرضًا أو ورقًا.

الصقلي: إن قل الوزن كالدرهمين، فإن أضيف للعقد ا لأول كان كسلعة نقدًا بدينار إلا درهمين مؤجلين وإن خص بعقدة فأجوز، وإن كثر الرجحان كان كبيع سلعة بدنانير إلا دراهم؛ لكن يرده قول العتبيَّة إن قضاه دنانير زادت ثلثا فلا بأس بأخذه ورقًا.

الصقلي: لأن السكة في المجموعة ملغاة آحادها كقراضة، فزيادتها كزيادة دينار في عشرة قائمة له أخذه ورقًا، وفي الموَّازيَّة والواضحة، وكذا لو كانت من قرض. واختلف فيه قول مالك.

محمد: أجازه ابن القاسم وأصحابه.

الصقلي: منعه أحسن.

قُلتُ: الذي في النوادر عن الموَّازيَّة كرهه مالك، وللشيخ عن محمد عن أشهب واللخمي عنه: إن نزل لم أفسخه، وظاهر نقل الصقلي التحريم.

ابن رُشْد: أجازه في المدَوَّنة، وفي رسم صلى نهارًا، من سماع ابن القاسم وسمع أشهب منعه، والأول أظهر. قال: وفي اجتماع القضاء والمراطلة في الدنانير المجموعة، ثالثها إن كانت قرضًا لا ثمنًا لأحد قولي أشهب؛ لأنه ذهب بذهب بعضه حاضر وبعضه حال في ذمة حاضر وغيره مع سماع ابن القاسم؛ لأنه في البيع ذهب بذهب نقدًا، وسلعة لأجل لتقدم دفعها وفي القرض ذهب بذهب، وذهب لأجل لتقدم دفعه، وابن حبيب لقرب التهمة في البيع دون السلف، وقيل رابعها عكسه لسماع عيسى ابن القاسم، والصواب أنه غير رابع؛ لأنه إنما تكلم على درهم قائم فهي مسألة أخرى لا اختلاف فيها، والصحيح لغو التهمة في البيع والقرض والعلة كون ما وقعت فيه المراطلة لم يوزن وحده؛ بل مع غيره وما وزن مجموعًا، ثم فرق ربما زاد ونقص فالجواز

مطلقًا للغو احتمال الاختلاف، والمنع لاعتباره، وعليه الخلاف في مراطلة أحد الشريكين صاحبه عن حظه فيها.

قُلتُ: هذا التقرير يوجب عموم الخلاف في الدينار المجموع، والقائم خلاف ما تقدم له من نفي الخلاف في القائم ويوجب المنع في مسألة مراطلة أحد الشريكين الآخر في دينار، وقد تقدمت، وسمع ابن القاسم: أرجو أن لا بأس في أخذ دينار ينقص خروبة مع خروبة عن دينار قائم إن كانت أعيانهما سواء.

ابن رُشْد: إنما شرط كونهما من عين وحدة خوف كون عين الناقص أفضل، فيرضى نقصه لفضل عينه على القائم، ولم يراع زيادة العدد التي تمنع اقتضاء المجموعة من القائمة، وإن كان أقل منها في الوزن فكيف إذا كانت بوزنها فهي مسألة لا يحملها القياس، وأجازها استحسانًا؛ لأنها في دينار واحد، وأقام التونسي منها جواز اقتضاء المجموعة من القائمة، والقياس رواية محمد منعها.

قُلتُ: في قوله: خوف كون الناقص أفضل فيرضى نقصه لفضل عينه نظر؛ لأن نقصه ليس بخسًا؛ لأن الخروبة تعد له، فإن كانت مضروبة فالفضل في جهتها بالعدد والجودة، وإن كانت تبرًا فالمغتفر حينئذ ترك السكة لا النقص؛ بل الأظهر أنه لخوف كون الناقص أدنى فيختص بفضل العدد، والقائم بالجودة، وسمع ابن القاسم: من له عشرة دنانير مجموعة قبضها ناقصة ثلثًا، أو نصفًا له أخذ النقص بعد افتراقهما عرضًا أو ورقًا، وأكرهه في مجلسهما خوف أن يزيده في الصرف لما تجاوز عنه ابن القاسم: إن صح أمرهما ولم يزد لذلك فلا بأس به.

ابن رُشْد: سمع أشهب جوازه في المجلس، وهو الأظهر؛ لأن الدنانير المجموعة كالطعام بعض الدينار فيها كدينار إنما يمنع ذلك في بعض الدينار القائم.

قُلتُ: منعه في الدينار المجموع موجب له في الدنانير القائمة؛ لأن أجزاء المجموع كقائمة كما قاله ابن رُشْد، ومنعه في الدينار القائم يوجب في دينار من دينارين قائمين أحدهما صرف؛ لأن أجزاء القائم في الذمة كدنانير قائمة لا كأجزاء، وإلا لما جاز صرف بعضه كالقائم المحسوس، ونصها مع غيرها جوازه، ولذا كان بعض من لقيناه يقول: الاطلاع على درهم زائف في صرف دينار في الذمة يوجب قصر الفسخ على

الدرهم، وما يعدله من الدينار لا في كله.

وفيها: من أخذ من دينار قرض بعضه عرضًا أو ورقًا؛ لم يجز أخذ باقيه ذهبًا؛ لأنه ذهب وعرض، أو ذهب وورق بذهب.

اللخمي: من صرف من رجل بعض دينار له عليه ففي جواز أخذ باقيه ذهبًا مثل ذهبه ووزنه قولا أشهب وابن القاسم مع مالك، والأول أحسن، وإن أخذ تبرًا مثل جودة ذهبه وقدره، أو دونه صفة وقدرًا جاز، ولو أخذ وزنه أجود جاز على أن القضاء كالمراطلة لا على أنه بخلافها، وتقدم أخذ البعض ذهبًا وأخذ الباقي عرضًا أو ورقًا جاز على القولين، ونقل الصقلي عن محمد قول أشهب والدينار قرض، وصوبه محمد بأن الباقي بعد أخذه بعضه، عرضًا أو ورقًا ذهب وإلا لما جاز الاقتضاء بالأول لإيجابه صرفًا مؤخرًا.

قُلتُ: ويتخرج من قول زكاتها من باع سلعة تجر بنصاب عين حوله أخذ فيه قبل قبضه سلعة، لا زكاة عليه جوازه في البيع لا القرض.

وفي جواز دينار ناقص مع قدر نقصه فضة عن وازن، نقلا الصقلي عن ابن عبد الحكم ، والشَّيخ عن يحيي بن عمر قائلًا: لو كانت دنانير جاز أخذ بعضها، وسمع عيسى ابن القاسم: لا خير في أخذ دينار قائم عن ثلثي دينار ذهبًا وثلثه ورقًا؛ لأنه ذهب وورق بذهب.

ابن رُشْد: لأن للدينار القائم فضلًا في عينه على الناقص، ولو أقرضه الثلثين من ذهب مقطعة مجموعة لا تجوز إلا بالوزن، وثلث درهم جاز عنها دينار مقطوع مجموع، ومن له دينار حال، ففي منع تنجيمه أثلاثًا ثالثها يكره، الصقلي عن محمد قائلًا: لأنه بيع وسلف أو صرف، كذلك مع قول ابن القاسم لا يجوز تنجيم ثلثي دينار أنجمًا، ورواية أشهب مع قول أَصْبَغ خفف غير ابن القاسم التنجيم، وابن عبد الحكم .

الصقلي عن محمد: لا يجوز عن دينار حال ثلاثة أثلاث نقدًا، ولا لأجل؛ لأن الأثلاث كالمجموعة فهو كاقتضاء مجموعة عن قائمة أقل عددًا، وسمع أبو زيد ابن القاسم: لا خير في قضاء نصفين وازنين عن دينار، إلا أن يكون للدينار جريان بمعيار عنده.

ابن رُشْد: يعني بجريانه أن للدينار عنده وزنًا معلومًا فيجوز عنه نصفان وزنان كوزنه، أو أفضل؛ لأن الفضل من جهة واحدة، ولو كان الدينار أفضل لم يجز لترك فضل العين لزيادة العدد أو لها وللوزن.

قلت: ذكرها الشَّيخ ولم يزد فيها إلا قوله: يريد الدينار من قرض وبه كان يفتي بعضهم، ولو تساوى الدينار والصنفان قدرًا وصفة، وكذلك في القيراطين الجديدين عن درهم جديد، والصواب قول ابن رُشْد، وسمع ابن القاسم: لا بأس بدينار عن ثلاثة أثلاث منجمة.

ابن رُشْد: هذا على رعي ما في الذمة لا على مقتضى الحكم عليه بقضاء الثلث ورقًا، وسمع لا ينبغي لمن أعسر بدينار وازن ثمن حنطة إعطاء ناقص عنه مع بعض الحنطة عن النقص إذا ثبت البيع بالوازن؛ لأنه دينار بدينار وحنطة، وإن ثبت البيع بناقص فلا ينبغي أن يعطي وازنًا، ويأخذ شيئًا ما، ولو كان في المراوضة قبل وجوب البيع جاز.

ابن رُشْد: قال ابن حبيب: موجب فساده تفاضل الذهبين والطعامين، وبيع الطعام قبل قبضه والأخذ من ثمنه طعامًا.

ابن رُشْد: الاقتضاء من ثمن الطعام طعامًا لا بجامع بيعه قبل قبضه؛ لأن الطعام إن قبض وافترقا انتفى بيعه قبل قبضه وإن لم يقبض ولم يفترقا انتفى الاقتضاء من ثمن الطعام طعامًا، وإن قبض ولم يفترقا انتفيا معًا ولا يجوز أخذ نقص الدينار فلوسًا ولا غيرها، وأجاز في رسم المحرم أخذ النقص طعامًا لا فلوسًا، ولو كان بعد الوجوب وفيه تأويلان:

الأول: أن المبتاع أوجب البيع دون البائع لقوله في الرواية؛ لأنه حمله على وجه المساومة فيكون معنى قوله في الرواية بمنزلة من اشترى بدرهمين حنطة، ثم قال: أعطني بدرهم، وأقلني من درهم بمنزلته في الجواز لا في العلة؛ لأنه في الدرهمين إقالة جائزة كما هو في نقص الدرهم قبل تمام البيع، ومقتضى هذا التسوية بين أخذ النقص فلوسًا أو طعامًا.

وهو أظهر وأحسن أن يكون محمل الدينار في مسألة المنع أن الوازن له فضل في

عينه على الناقص، ومحمله في الثانية لا فضل له في عينه فصار كمبتاع حنطة بدرهمين استقال من أحدهما، ولم يقو عنده قوة الدرهمين إذ يجوز فيهما أخذ أحدهما فلوسًا، ولا يجوز في درهم وازن أخذ نصف درهم وبالنصف الآخر فلوسًا، إلا أنه أجازه رعيًا للقول إن البيعين بالخيار ما لم يفترقا، وهو معنى قوله: كأنه حمله على المساومة، ولو كان الدينار من الدنانير التي لا تجري إلا مقطوعة بالميزان كالعبادية والمشرقية جاز إن وجد أقل من مثقال أن يأخذ بالنقص فلوسًا، أو ما شاء من عرض، أو يحاسبه بالنقص فيما له من الطعام، فقف على أن الدينار الوازن إن كان له فضل عن الناقص؛ لم يجز بعد الوجوب أخذ نقصه فلوسًا، ولا المحاسبة به في طعام وإن لم يكن له فضل؛ لم يجز أخذ فضله في الوزن فلوسًا وجازت محاسبته به في طعام، وإن كان الدينار إنما يجري بالميزان مقطوعًا مجموعًا ولم يشترط أخذه صحيحًا جاز فيه الأمران، ولما ذكر الصقلي مسألة الدينارين قال: وقد قال ابن القاسم عن مالك: من ابتاع بدراهم كيلًا فوجد فيها حين الدفع درهمًا ناقصًا، فقال: أعطني بقدر ما فيه وحاسبني بنقصه لا بأس به كمن ابتاع بدرهمين حنطة، ثم قال بعد ذلك: أعطني بدرهم وأقلني من درهم.

قُلتُ: بعد الوجوب قال: نعم، كأنه حمله على المساومة، وفيه تفسير من البيع.

الصقلي: انظر هل علة جوازه قصدهما الإقالة؛ لأنها معروف ولو قصد البيع لم يجز؛ لأنه مكايسة فيجب عليه إن ابتاع حنطة بدينار وازن فأعطاه ناقصًا سدسًا، ورد عليه من الحنطة قصدًا لإقالته جاز، وإن قصد البيع لم يجز. فإن قلت: إنه باع منه الوازن بالناقص، وسدس الطعام قيل: يلزمك لو اشترى أربع ويباتٍ بأربعة دنانير قائمة، فقال: أقلني من ويبتين بدينارين، وخذ دينارين أن لا يجوز؛ لأنه وجب له أربعة دنانير باعها بدينارين وويبتين، وهذه جائزة.

قُلتُ: يرد بأن الدينارين من الأربعة الثمن لمماثلتها ما وجب في ذمة المبتاع كان قبضها اقتضاء لما في الذمة لا بيعًا، فانضمام البيع فيما لم يقتض إليه لا يوجب فسادًا، والناقص لعدم مماثلته ما في الذمة كان قبضه مبايعة بما في الذمة لانتفاء شرط حقيقة الاقتضاء وهو المماثلة فانضمام البيع فيما سواه إليه يوجب الفساد، وبهذا يتبين لك ما تقدم لابن رُشْد، من التفريق بين الدينار الذي إنما يجري بالميزان مقطوعًا مجموعًا، ولم

يشترط أخذه صحيحًا وغيره.

في سماع أبي زيد ابن القاسم قال: لمن قال له: أبيع الصوف أربعة وعشرين رطلًا بدينار قائم، زن لي بدينار فوزن ما عنده فلم يجده إلا اثنين وعشرين رطلًا، فأعطاه دينارًا ينقص قيراطين لا يعجبني، ولو وجد فيه ستة عشر رطلًا أو عشرين فأعطاه دينارًا ينقص سدسًا أو دينارًا فيه ثلثان فلا بأس به.

ابن رُشْد: قال محمد: ما كرهه هو عندي خفيف؛ لأن من اشترى وزنًا من شيء بعينه فلم يف به، لم يجب على البائع إتمامه ووجبت المحاسبة، وكذا قال فضل: لا معنى لكراهته، ومعناه عندي أنها تأتي على رعي ما ثبت في الذمة ذهبًا؛ لأنه اقتضاء مجموع بالميزان من قائم لا ميزان فيه.

وتفرقته بين اثنين وعشرين وبين ستة عشر أو عشرين لا وجه له؛ بل هو اختلاف قول ظنه المؤلف قولًا واحدًا باختلاف صورتين.

قُلتُ: قول مالك من استقرض دينارًا أو نصفه، دراهم إنما عليه عدد ما قبض من الدراهم علا الصرف أو رخص.

وقال ابن وَهْب عن الليث عن يحيي بن سعيد: من دفع دينارًا لمن استسلفه نصف دينار فانطلق به فكسره، فأخذ نصف دينار ودفع للمسلف باقيه، فعلى المستسلف أن يدفع دينارًا يكسره فيأخذ نصفه ويرد نصفه.

ابن وَهْب: وقال ابن مالك: يرد له مثل ما أخذ منه، وليس الذي أعطاه ذهبًا إنما أعطاه ورقًا ولو أعطاه دينارًا فصرفه المتسلف فأخذ نصفه، ورد عليه نصفه، كان عليه نصف دينار علا الصرف أو رخص.

الصقلي عن محمد عن ابن القاسم: إن دفع له دينارًا قال: صرفه خذ نصفه، وجئني بنصفه لم يكن عليه إلا ما أخذ من الدراهم، وضمان الدينار قبل صرفه من دافعه، وبعدد منهما؛ لأن قابضه قبل صرفه أمين، ولو أعطاه دينارًا قال: خذ بنصفه وجئني بنصفه كان عليه نصف دينار، يريد: ويعطيه به دراهم بصرف يوم القضاء وضمانه قبل صرفه منهما، وسمع أبو زيد ابن القاسم: من قال لمن قال: أسلفني خذ هذا الدينار، وصرفه خذ نصفه وجئني بنصفه أخشى أن ليس له عليه إلا ما أخذ دراهم، وإن قال:

خذ نصفه وجئني بنصفه فعليه نصف عين.

ابن رُشْد: لمحمد عن أبي زيد لا يعجبني قوله: أخشى؛ لأنه لو تلف الدينار لم يلزمه شيء لقوله: صرفه ابن رُشْد تعقبه على ابن القاسم غير صحيح لاحتمال قوله: صرفه إرادته صرفه لي فيضمنه الدافع، وإرادة صرفه بيننا فيضمنانه، ويلزم المتسلف نصفه لا دراهم فلما لم يترجح أحد الاحتمالين على الآخر توقف فيما يجب على المتسلف، وكذا في الضمان والواجب سؤاله فيصدق فيما أراد منهما فيجري عليه ضمان وما يجب رده، وفي حلفه على ما أراده قولان على أيمان التهم لامتناع ادعاء المتسلف تعيين أحد الأمرين، ولو بين أحدهما عند الدفع قبل دون يمين، وإن لم تكن له نيَّة كان عليه الضمان وله الأقل مما قبض من الدراهم أو قيمة النصف دينار يوم القضاء، وسمع عيسى ابن القاسم لمن ابتاع سلعة بثلثي دينار، ثم استسلف من بائعه دراهم قضاء دينار عنهما، ولو كان الثلثان قرضًا لم يجز؛ لأن الأولى قضاء، وصرف والثانية ذهب وورق بذهب؛ لأن للدينار القائم فضلًا في عينه على الناقص، ولو استسلف الثلثين من ذهب مقطعة مجموعة لا يجوز إلا بالوزن جاز عنهما وعن الدراهم دينار، في سماع أَصْبَغ ابن القاسم لأشهب: من ابتاع سلعة بثلثي دينار ونصف قيراط لا بأس بدفعه قطعة فيها ثلثا دينار وورقا بالنصف قيراط، وما دون الدينار مجموع.

ابن رُشْد: قوله: ما دون الدينار مجموع يحتمل أن يريد أن العرف المبايعة فيما دون الدينار بذهب مجموع موزون، والجواز على هذا واضح، وإن يريد أن له حكم المجموع في جواز أخذ بعضه ذهبا وبما نقص ورقا، وإن لم يكن مجموعًا، وعليه تحمل كراهته في رسم البيوع؛ لأن الواجب له على هذا صرفه دراهم فإذا أخذها ذهبا وورقًا في مجلس واحد لم يجز، ولو كان في مجلسين جاز كأخذه درهمين ثم يأخذ بعد ذلك عن بقية دراهمه ذهبًا، وإنما استثقله في رسم الجواب، ولم يقل لا يجوز ليسارة القيراط فرأى التهمة فيه مرتفعة.

وفيها: اقتضاء ما لزم عن استحقاق عرض أخذ عن أحد عوضي الصرف متعلق بعرض عوضه دونه كقول: استحقاقها ما صرف ثمنه من مبتاعه، يوجب رجوع مبتاعه بما دفع لا بما عقد.

الشَّيخ لأبي زيد وعيسى عن ابن القاسم: من ابتاع ثوبًا بنصف دينار فأحال به على غريمه، فدفع فيه دراهم ثم رد الثوب بعيب، رجع المبتاع على البائع بنصف دينار.

محمد: وقاله أَصْبَغ قائلًا فيه ضعف.

وفيها: من باع بنصف دينار أو ثلثه وقع البيع على الذهب لا الدراهم، ويقضي إن تشاحا به دراهم بصرف يوم القضاء.

اللخمي: إن أتى بدينار يكونان شريكين فيه لزم الطالب قبوله؛ لأن القضاء في الدراهم إن طاع بها الغريم لعدم فائدة الطالب بالجزء شركة بها لها بالفصل فيه بالدراهم.

قُلتُ: هذا خلاف نصها، وأخذ بعض المغاربة مثل قول اللخمي من لفظ التهذيب من أقرضته دينارًا فوهبته نصفه فله قضاؤك باقيه دراهم تجبر على أخذها إن كانت كصرف الناس أخذه من قوله له، وفيه نظر؛ لأن لفظها إذا أعطاك دراهم صرف الناس جبرت عليها كقول مالك فيمن باع بنصف دينار فلم يذكر لفظ له وتشبيهها بالبيع مع قوله فيه: إن تشاحا قضي بالدراهم يرده، وسلم هذا الأخذ أن قولها في البيع خلاف قول اللخمي.

وفيها: البيع بدانق أو بخمسة دوانق أو بنصف درهم، واقع على الفضة، والقضاء بصرفه فلوسًا يومه والبيع بدانق فلوسًا نقدًا أو بدينار دراهم نقدًا إن سميا قدر الفلوس والدراهم أو عرفاه جاز، وإلا فلا خير فيه وإلى أجل سميا قدر الفلوس الدراهم جاز، وإلا فلا خير فيه.

اللخمي: لا يكفي فيه لأجل معرفتها قدر الصرف حينئذ لاحتمال اختلافه يوم القضاء.

والدانق: سدس درهم، فالبيع بجزء درهم إن كان قدره مضروبًا قضي به، وإلا قضي به فلوسًا كالدراهم في جزء الدينار، فإن لم تكن فلوس قضي بما العادة أن يقضي عنه من طعام، أو غيره، فإن لم تكن عادة قضي بشركتهما في درهم، ثم يبيعانه بما ينقسم.

قُلتُ: فإن اختلفا فيه قضي بالأدوم بقاء من غالب مثلي حينئذ كالفلفل ونحوه، وسمع ابن القاسم لمن باع سلعة بنصف دينار ممن باع منه قبلها سلعة بنصف دينار قبل

قبضه جبره على أخذه بدينار كامل.

ابن رُشْد: لو أعسر المبتاع بما زاد على نصف دينار جبر البائع على أخذه منه نصف دراهم، بخلاف أن لو كان أصل بيعه بدينار قائم، وذكرها اللخمي عن محمد واستدل بها على قوله: يجبر من له نصف دينار على أخذ دينار شركة بينهما، ويرد بأن الجزء إنما قضي به دراهم لدفع ضرر الشركة، وعدم الاستقلال المقتضي بحقه، في اجتماع النصفين منتفيان فوجب القضاء بعين ما في الذمة.

زاد اللخمي عن محمد: من له ثلاثة أرباع دينار وعشرون قيراطًا ذهبًا حكم له بدراهم، ويحكم في دينار إلا قيراطين بدينار.

اللخمي: يريد ويعطي الغريم ما ينوب الغريمين لا أن يأخذ دينارًا ينقص قيراطين، إلا أن يكون ذلك النقص ليس بعيب، وسمعه أيضًا من له نصف دينار لشهر على رجل يكره بيعه له ثوبًا فنصف دينار لذلك الشهر على أن يعطيه دينارًا قائمًا.

ابن القاسم: ويجبر المبتاع عند الأجل على دفعه دينارًا قائمًا.

ابن رُشْد: كراهته ذلك نحو كراهة مالك. فيها: بيع سلعة بنصف دينار لأجل بشرط أخذه دراهم مع وجوب القضاء بها، وظاهره أنه شرط لما يوجبه الحكم فأخذ منه بعضهم أن من الشروط التي يوجبها الحكم ما لا يجوز اشتراطه، وهو ما كان منها مخالفًا للقياس، وليس بصحيحٍ؛ لأن شرط موجب الحكم كتركه، وكراهة مالك في الأولى لاحتمال أن يحل الأجل، وللمبتاع على البائع نصف دينار فتجب مقاصته به فيجب قضاء النصف الباقي دراهم، وفي الثانية لاحتمال أن يحل الأجل وللبائع على المبتاع نصف آخر.

قُلتُ: يرد الأول بمنع المقاصة؛ لأن النصف من دينار ثبت جميعه في ذمة ذهب والنصف من دينار لم يثبت جميعه ذهبًا ورق لا ذهب، والمقاصة في الذهب بالورق غير واجبة، وتعليل كراهة الثانية بأن الشرط فيها يئول للبيع بصرف يوم القضاء وهو مجهول أبين.

وسمع القرينان: من له على رجل صك بعشرة دراهم من صرف عشرين درهمًا بدينار إنما له نصف دينار ما بلغ غلا الصرف، أو رخص إن كانت من بيع، وفي القرض

إنما له ما أعطاه، ولو باعه بثلاثة دراهم دون قوله: من صرف كذا وكذا لزمه عدد الدراهم.

ابن رُشْد: ولو قال: أبيعك بنصف دينار من صرف عشرين درهمًا بدينار، فإنما له عشرة دراهم، إذا لم يسم نصف الدينار إلا ليبين به الدراهم التي أراد البيع بها من الدينار حسبما سمعه يحيى.

قُلتُ: هو سماعه من باع ثوبًا بعشرة دراهم من صرف عشرين درهمًا بدينار فله نصف دينار غلا الصرف أو رخص، وأما من قال: بنصف دينار من صرف عشرة دراهم بدينار فله خمسة دراهم حال الصرف كيف حال.

قُلتُ: يوهم ظاهر هذا اللفظ، ولفظ ابن رُشْد: أنه يقضي في قوله: بنصف دينار من صرف عشرين درهمًا بدينار بالدراهم وليس كذلك، إنما يقضي بجزء دينار؛ لأنه إذا كان كذلك في قوله: بعشرة دراهم من صرف عشرين بدينار فأحرى في قوله: بنصف دينار من صرف عشرين بدينار، وكذا جمعهما الشَّيخ في النوادر، وأجاب عنهما بجواب واحد. فإن قلت: قوله في سماع يحيى: وأما من قال إلخ نص في مخالفته ما قبله.

قُلتُ: المخالفة في قدر الدينار الذي يجب الجزء منه، لا في القضاء بالدراهم.

ويحرم النساء في بيع الطعام بآخر مطلقًا.

[باب الطعام]

والطعام: ما غلب اتخاذه لأكل الآدمي أو لإصلاحه أو شربه[1]، فيدخل الملح

(1) قال الرَّصاع: قال: فيدخل الملح والفلفل ونحوهما في ذلك لأجل ذكر الإصلاح.
قال: ويدخل اللبن يعني لأجل قوله:أو شربه واحترز بقوله: ما غلب اتخاذه مما لم يغلب اتخاذه للأكل وإن أكل فلا يكون طعامًا، ويخرج من حد الشَّيخ الماء، فإنه ما غلب اتخاذه للشرب بخلاف اللبن، فإنه غالب للشرب والماء غلب في غيره، وهذا هو المعروف من المذهب وقد وقع لابن نافع ما يخالفه.
قال الشَّيخ: ويخرج الزعفران. قال: لأنه وإن اتخذ للإصلاح فلم يغلب له.
(فإن قلت): هل يرد على الشَّيخ زيت الزيتون، فإنه طعام ويكون غير منعكس؛ لأنه لم يغلب للشرب ولا للطعام بل الغالب فيه الوقيد والصنعة والأكل موجود، ولم يغلب فيه كما قيل في الزعفران، وإن وجد فيه إصلاح فلم يغلب فيه

=

والفلفل ونحوهما، واللبن لا الزعفران وإن أصلح لعدم غلبة اتخاذه لإصلاحه، والماء كذلك، وتفسير ابن عبد السلام، قول ابن الحاجب: المطعومات ما يعد طعامًا لا دواءً بما اتخذ للأكل أو الشرب إن أراد للأكل والشرب فقط خرج الملح لاتخاذه لغير ذلك كتمليح الجلد للدبغ، وإلا دخل الزعفران، والأولى تفسيره بما يقصد لطعمه ويبطل بما تقدم، وحكم ربا الفضل أصل في الأربعة: البر، والشعير، والتمر والملح.

وفي علته اضطراب:

الباجي: في كونها الاقتيات، أو الادخار للأكل غالبًا، ثالثها الأول، والادخار لإسماعيل القاضي وابن نافع مع رواية الموطأ، ورواية غيره.

اللخمي: عن الأبهري عن بعض أصحابنا علته في:

البر: الاقتيات، وفي التمر التفكه الصالح للقوت، وفي الملح كونه مؤتدمًا.

ابن القُصَّار، والقاضي: الادخار للعيش غالبًا.

اللخمي: ولا يصح؛ لأن اللوز وشبهه غير متخذ للعيش غالبًا، وهو ربوي، والقول بأن التمر متفكه غلط؛ لأنه بالمدينة ومدن التمر أصل عيشهم كالبر والشعير في غيرها.

المازري: لمالك في الموَّازية: هي كونه قوتًا أو إدامًا أو متفكهًا به مدخرًا.

ابن بشير للمتقدمين طرق:

الأولى: الادخار مع التفكه أو القوت أو إصلاحه.

(قُلتُ): يظهر إيراده ولعل جوابه أنه راعى أصل اتخاذه وما عداه عارض والله أعلم، ثم أن الشَّيخ: ذكر حد ابن الحاجب بقوله: ما يعد طعامًا لا دواء وفسره ابن عبد السلام بما اتخذ للأكل والشرب.

قال الشَّيخ: إن أراد للأكل والشرب فقط خرج الملح لاتخاذه لغير ذلك كالدبغ، وإن لم يرد ذلك دخل عليه الزعفران، ثم أن الشَّيخ قال: الأولى تفسير كلام ابن الحاجب بما يقصد لطعمه.

قال: ويبطل بما تقدم.

(قُلتُ): وسلم الشَّيخ ذكر الطعام في حده وفيه ما لا يخفاك مما قدمناه.

(فإن قلت): قد قيد الشَّيخ في حد الطعام غلبة الاتخاذ، وقد وقع في المدَوَّنة كلية في الزريعة وقاعدة حاصلها أن ما يؤكل أو يستخرج منه ما يؤكل فهو طعام وعكسه على أن في هذه القاعدة لهم بحثًا.

(قُلتُ): انظر ابن رُشْد، فإنه قيد المدَوَّنة بما يصححها والله أعلم.

الثانية: مجرد القوت.

الثالثة: الادخار للعيش غالبًا، وقال أولًا: حكي عن ابن الماجِشُون العلة المالية، وهذا يوجب الربا في الدور والأرضين ولا يمكن قوله.

قُلتُ: فالأقوال تسعة، ثلاثة الباجي، ونقلا اللخمي، ورواية المازري وأولى ابن بشر، وقول ابن الماجِشُون، ونقل ابن الحاجب مع نقل غيره في فروع الباب علته الادخار، وقول ابن الحاجب: ولبن الإبل يقوي الاقتيات، وأجيب بأن دوام وجوده كادخاره، وبالخلاف في الموز جوابه بدوامه واضح، وبقوله: وبالخلاف في الموز لا يتقرر لمنع المحتج عليه ما ينافي قوله بالآخر، والاتفاق على لبن الإبل واضح في إبطال اعتبار العيش غالبًا، فما فيه كل ما ادعي علة واضح كقولها مع غيرها في الأربعة، والسلت، والأرز، والقطاني والزيت، والخل، واللحم، والإدام، والتمر، والزبيب.

اللخمي والباجي: والذرة والدخن.

اللخمي: والترمس، وسمع أبو زيد ابن القاسم كل زريعة لا تؤكل، ويستخرج منها ما يؤكل تباع قبل استيفائها، ويجوز منها واحد باثنين، وكل زريعة تؤكل، ويستخرج منها طعام يؤكل لا تباع قبل استيفائها ولا متفاضلة.

ابن رُشْد: كذا الرواية (لا تؤكل ويستخرج منها)، والصواب ولا يستخرج منها؛ لأن التي يستخرج منها الزيت كزريعة الفجل طعام، قاله في المدَوَّنة، ومعناه: في البلد الذي تتخذ فيه لذلك وتأويل الرواية إن صحت، ويستخرج منها شيء يؤكل، أي: بأن يزرع كزريعة البصل وشبهه، وقوله: لا يؤكل أي لا يؤكل تقوتًا، ولا تفكهًّا كالحرف، وحمل بعضهم الرواية على ظاهرها أن الزريعة التي لا تؤكل غير طعام، ولو أخرج منها الزيت، وهو خلاف قولها.

وقوله: (كل زريعة تؤكل ويستخرج منها ما يؤكل)، معناه: أو يستخرج منها ما يؤكل؛ لأنها إن كانت تؤكل فهي طعام، وإن لم يستخرج منها ما يؤكل اتفاقًا كالكمون، ونحوه.

قوله: في قوله اتفاقًا نظر لما يأتي في كون بزر الكتان ربويًّا رواية زكاته، ونقل اللخمي عن ابن القاسم: لا زكاة فيه إذ ليس بعيش.

القرافي: وهو ظاهر المذهب، الشَّيخ: روى محمد البصل والثوم ربويان.

وفي التين ثالثها ما ييبس لنقل الشَّيخ رواية محمد والمازري، أحد قولي القاضي، واللخمي عن أحد قولي ابن نافع، وضعف المازري أحد قولي القاضي بأنه كالزبيب المتفق عليه.

ابن بشير: قالوا: إنما ترجح فيه مالك لعدم اقتياته بالمدينة.

وفي كون العنب الشتوي كالصيفي قولان للشيخ عن محمد واللخمي عن أحد قولي ابن نافع، وما ليس فيه علة ربا غير ربوي فيها كالخضر والبقول.

ابن شاس: وغيره كالخص والهندباء، والقطف وشبهه، والفواكه التي لا تقتات ولا تدخر غير ربوية اتفاقًا.

الشَّيخ عن محمد عن ابن القاسم: الخردل والقرطم وشبهه والفواكه التي لا تقتات طعام، بخلاف بزر البصل والجزر والبطيخ والقرع والكراث.

ابن حبيب: وبرز البقول والحرف وهو حب الرشاد، محمد عن ابن القاسم: وحب الغاسول، وإن أكله الأعراب سند يختلف في حب الحنظل، وحب الغاسول والبلوط، والبطيخ الأصفر؛ لأنه يدخر بخراسان على الخلاف فيما يدخر نادره.

ابن سَحنون: اتفق العلماء أن الزعفران جائز بيعه قبل استيفائه، ونقله الصقلي بلفظ: أجمع العلماء أنه ليس بطعام.

وفي تهذيب الطالب: قال عبد الحق: رأيت لابن سَحنون من منع سلف زعفران في طعام لأجل يستتاب، إن لم يتب ضربت عنقه لإجماع الأمة على جوازه، فسألت أبا عمران عن ذلك فذكر ما تلخيصه: إن ثبت عنده ذلك الإجماع بخبر الواحد لم يستتب، وإن ثبت له بطريق تحصل له العلم فذلك.

قُلتُ: الصحيح أن الإجماع الذي يستتاب منكره ما كان قطعيًا، وهو ما بلغ عدد قائليه عدد التواتر، ونقل متواترًا على خلاف فيه، ثالثه إن كان نحو العبادات الخمس، وما نقلوه من الإجماع في الزعفران فلم أجده في كتاب الإجماع ومن أوعبها كتاب الحافظ أبي الحسن بن القطان، وقعت على نسخة بخطه فلم أجده فيها بحال، وسمع أَصْبَغ ابن القاسم ذكار التين غير طعام.

قال سند: الطلع قبل أن يشق عنه خفه طعام كان من الذكر أو الأنثى، وفي بعض الروايات أنه ليس بطعام.

قُلتُ: والنارنج غير طعام والليم طعام، واختلف في أنواع لاختلافهم في العلة، ففي كون الجوز واللوز ربويين نقلا ابن بشير ونحوه قول الباجي: من جعل العلة الادخار والاقتيات لم يجعل الجوز واللوز ربوين، وظاهر متقدم رد اللخمي تعليل ابن القُصَّار، والقاضي الاتفاق على أنهما ربويان.

وفي الجراد قولان لظاهر قولها: يجوز فيه اثنان بواحد من الحوت يدًا بيد مع الجلاب عن المذهب، ونقل الصقلي عقب ذكره قولها قال أشهب: هو كالخضر، وعزا المازري الأول لسَحنون، وجعل الثاني معروف المذهب.

والمعروف أن مطلق اللبن ربوي.

اللخمي: يختلف في بيع المخيض بالمخيض، والمضروب بالمضروب متفاضلًا، فمن منعه منع بيع شيء منهما بحليب أو زبد أو سمن أو غيره؛ لأنه الرطب باليابس، ومن أجازه أجازه بحليب أو غيره ولا يصح قولها: لا بأس بالسمن بلبن أخرج زبده إلا على الثاني؛ لأنه كالرطب باليابس، وهو الذي أراه، وذكر المازري أخذه هذا من المدَوَّنة ولم يتعقبه، وظاهر قوله قبل ذكره التخريج: الحليب المخرج زبده في إثبات الربا فيه قولان كالتين الشتوي أن القولين منصوصان.

قال ابن بشير: ذكر اللخمي أن المذهب اختلف في اللبن المخيض، ولا يجد ذلك في المذهب؛ لأنه مقتات ودوامه كادخاره، والدليل عليه اتفاق المذهب على أن لبن الإبل ربوي، وإن لم يعمل منه ما يدخر؛ لأن دوامه كادخاره فإن قيل: يعمل منه المصل وهو مدخر أجيب بأن المصل صورة نادرة، ولا يدخر للقوت؛ بل للتصرف في الطبخ كالأبزار. ولما ذكر ابن شاس ما أخذه اللخمي من المدَوَّنة قال: قال أبو الطاهر فيما عول عليه نظر، ولعل قوله في المدَوَّنة: بناء على أن السمن صيرته النار والصنعة جنسًا آخر.

ابن الحاجب: خرج اللخمي فذكر تخريجه، ورد ابن بشير، وقال: ووهمًا؛ لأن بعده فأما بلبن فيه زبد فلا.

وقال ابن عبد السلام: تخريج اللخمي ضعيف؛ لأن ما أخرج زبده لا يخرج منه زبد فلا مزابنة فيه. قال: فإن قلت: سوى في المدَوَّنة بين ما أخرج زبده، وما لم يخرج زبده، وكل من المتساويين يصح عليه ما يصح على الآخر، فلما منع السمن بما لم يخرج زبده، وأجازه بما أخرج زبده دل على أنه ليس ربويًا.

قُلتُ: قد أخذت في هذا السؤال كون هذين اللبنين يطلب فيهما المساواة في المعاوضة، وهو معنى كونهما ربويين، فكيف حكم أن أحدهما غير ربوي من كونهما ربويين، هذا تناقض انتهى كلامه. وحاصله أنه فهم أن تخريج اللخمي آيل إلى أخذ كونه غير ربوي من كونه ربويًا بما ذكره من سؤال وجواب، وليس الأمر كما زعم، وبيانه بتقرير تخريج اللخمي على القواعد القياسية، وهو أنه ادعى أن ما أخرج زبده غير ربوي؛ لأنه لو كان ربويًا لما جاز بيعه بالسمن، واللازم باطل لنص المدَوَّنة، فالملزوم مثله فيثبت نقيضه وهو المدعى بيان الملازمة أنه لو كان ربويًا لكان مماثلًا لما لم يخرج زبده والملازمة واضحة بالاتفاق المذهبي قطعًا، وكلما كان مماثلًا لما لم يخرج زبده لم يجب بيعه بالسمن؛ لأن ما لم يخرج زبده لا يجوز بالسمن اتفاقًا، ونسبة أحد المتماثلين الربويين لغيرهما كنسبة الآخر إليه اتفاقًا، كما أن نسبة القمح لشيء كنسبة الشعير إليه فثبت صدق قولنا لو كان ما أخرج زبده ربويًا كان مماثلًا، لما لم يخرج زبده، وكلما كان مماثلًا له لم يجز بيعه بالسمن، واللازم باطل بنص المدَوَّنة فالملزوم باطل، وهو كون ما أخرج زبده ربويًا فيثبت نقيضه، وهو كونه غير ربوي وهو المدعى، فقول ابن عبد السلام أخذ كونه غير ربوي من كونه ربويًا، وهو تناقض يرد بأنه إن أراد أنه أخذه من كونه ربويًا في الواقع فهذا ممنوع، ولم يقله اللخمي بحال، وإن أراد أنه أخذه من كونه ربويًا، فالفرض والتقدير المرتب عليه لازم بين بطلانه فمسلم، ولا تناقض فيه وهو شأن الاستدلال على المطلوب بقياس شرطي استثني فيه نقيض اللازم، فكيف يتوهم فيه أنه استدلال على ثبوت الشيء بثبوت نقيضه، ومن يتوهم هذا يؤول به توهمه في قوله تعالى: ﴿لَوْ كَانَ فِيهِمَآ ءَالِهَةٌ إِلَّا ٱللَّهُ لَفَسَدَتَا﴾ [الأنبياء: 22] لشناعة فادحة؛ لكن عندي في تخريج اللخمي نظر من وجه آخر، وهو منع صدق إحدى مقدمتي دليله فنقول قوله: لو كان ربويًا كان مماثلًا لما لم يخرج زبده، وكل ما كان مماثلًا له إلخ، إن أراد

بالمماثلة المماثلة في كونهما لبنين فقط لا في ذلك مع كونه يخرج منه الزبد سلمنا الأولى ومنعنا صدق الثانية، ولا يتم دليل صدقها حينئذ وهو قوله: نسبة أحد المتماثلين الربويين لغيرهما كنسبة الآخر إليه؛ لأن ذلك إنما هو إذا نسب أحدهما لما نسب إليه الآخر في المعنى الذي وقعت المماثلة به، وهي ليست كذلك هنا؛ لأن نسبة الذي لم يخرج زبده إلى السمن إنما هي من حيث اشتماله على الزبد، وهذه الحيثية ليست هي التي وقعت المماثلة بها بينه وبين ما أخرج زبده إنما المماثلة بينهما من حيث كونهما لبنين فقط، وإن أراد بالمماثلة في كونه لبنا مع كونه يخرج منه الزبد اتضح كذب الأولى فضلًا عن منعها فتأمل هذا وحققه.

فإن قلت: يرد هذا بأن معروف المذهب أن نسبة الرطب الذي لا يتمر كنسبة الرطب الذي يتمر إليه، وإن كان لا يخرج منه تمر.

قُلتُ: ما به مماثلة الرطب الذي لا يتمر للرطب الذي يتمر هي المانع من بيع الرطب الذي يتمر بالتمر؛ لأن المماثلة بينهما هي في كونهما رطبين، وكونهما رطبين هي المانعة من بيع الرطب الذي يتمر بالتمر؛ لأنها الملزومة لعدم مساواة الرطب الذي يتمر للتمر، وإن ساواه حينئذ في القدر كمد رطبٍ بتمر بمد تمر حسبما أومأ إليه ﷺ بقوله: أينقص الرطب إذا جف؟ قالوا: نعم قال: فلا إذن. مع علمه ﷺ بأنه ينقص فالعلة الموجبة للمنع هي كونه رطبًا؛ لأنها ملزومة لعدم مساواة المد من أحدهما للمد من الآخر؛ لأن بعض أجزاء الرطب الذي يتمر لما كانت بحيث لو يبس ذهبت حكم لها الشارع صلوات الله عليه بالعدم، وهذه العلة ثابتة في الرطب الذي لا يتمر؛ بل هي فيه أتم؛ لأنه بحيث لو يبس لم يبق منه شيء، وما به مماثلة اللبن الذي أخرج زبده لما لم يخرج منه زبده ليست هي العلة المانعة من بيع ما لم يخرج زبده بالسمن؛ لأن ما به مما ثلثهما إنما هي كونهما لبنين فقط، وعلة بيع ما لم يخرج منه الزبد بالسمن إنما هي كونه يخرج منه الزبد، وهذه العلة معدومة في اللبن الذي أخرج زبده.

فإن قلت: يرد هذا بقولها: لا خير في زيت زيتون بزيتون كان مما يخرج منه الزيت أم لا؛ لأن علة المنع فيما له زيت منتفية عما لا زيت فيه كاللبن المضروب مع غير مضروب.

قُلتُ: لا نسلم انتفاءها مطلقًا؛ لأن كل زيتون له زيت، وإن قل واللبن المضروب لا زبد فيه بحال.

ثم قال ابن عبد السلام: إن قلت: منع الرطب باليابس لا يشترط فيه كون الرطب على حالة يؤول بها الرطب إلى حالة اليابس من كل وجه؛ لأن الرطب الذي لا يتمر لا يصح بالتمر فقصارى ما أوردتم على اللخمي أن ما أخرج زبده مع الذي فيه زبد كرطبين أحدهما يتمر دون الآخر، وعلى هذا التقدير، عدم خروج الزبد من اللبن المضروب لا يخرجه عن حكم اللبن في منع بيعه بالسمن، فلما لم يمنع ذلك مالك دل على أنه ليس من اللبن الربوي، وهو المطلوب انتهى.

قُلتُ: هذا الكلام إذا تأملته لم تجد له تعلقًا بالكلام السابق الذي يليه؛ لأن كلامه السابق على هذا إنما هو تضعيف تخريج اللخمي باشتماله على التناقض الناشئ عن أخذه كونه غير ربوي من كونه ربويًا حسبما تقدم، فقوله: إن قلت: لا تعلق له بحال، وإنما يتعلق بقوله: أولًا ما أخرج زبده لا يخرج منه زبد، وهو ما قررت به رد تخريج اللخمي بمنع إحدى مقدمتي دليله، وبيانه أن نقول قولكم في الرد المماثلة إن كانت في كونهما لبنين فقط دون كون أحدهما يخرج منها الزبد صدقت المقدمة الأولى دون الثانية؛ لأن نسبة ما لم يخرج زبده للسمن إنما هي من حيث اشتماله على الزبد إلخ مردود بالرطبين اللذين لا يتمر أحدهما، فإن نسبة ما يتمر منهما للتمر في منع بيعه به إنما هي من حيث قبول صيرورته تمرًا، وما لا يتمر، هذه الحيثية غير ثابتة له، مع أن نسبته للتمر في منع بيعه به كنسبة ما يتمر فكذا ما أخرج زبده مع ما لم يخرج زبده، وقد تقدم لنا جواب هذا السؤال وأجاب هو عنه بأن قال: قلت: هذا السؤال غير لازم؛ لأن ما ذكرتموه في باب منع الرطب باليابس إنما هو في النوعين الداخلين تحت جنس واحد، وصنفين تحت نوع كلحمين أحدهما يابس والآخر رطب أو كالرطب بالتمر، وأما السمن والزبد مع اللبن فليس من هذا إنما هما جزآن من اللبن الذي لم يخرج زبده، وتحقق ذلك أن النوع مضاد لنوعه في المعنى، فإنه لا يصلح كون الحيوان الواحد طائرًا إنسانًا ولا ذكرا أنثى فلا يجتمعان بوجه، بخلاف السمن واللبن على ما قلنا فحيث منع شيء من هذا فإنما منع لأجل المزابنة التي تكون في الربوي وغيره لا لكونه ربويًا.

قُلتُ: حاصله أنه زعم أن المماثلة التي لا يضر فيها كون أحد المثلين يختص بأمر دون مماثله، إنما هي في المثلين اللذين هما نوعان تحت جنس أو صنفان تحت نوع كاللحمين أحدهما يابس والآخر رطب، أو كالرطب والتمر والسمن والزبد مع اللبن ليسا كذلك؛ لأنهما جزآن من اللبن الذي لم يخرج زبده.

واستدل على أن الرطب والتمر نوعان بتضادهما، وعلى أن اللبن المخرج زبده مع السمن أو الزبد لا يصح كونهما نوعين ولا صنفين بعدم تضادهما؛ لأنهما جزآن من اللبن الذي لم يخرج زبده، والجزآن من كل يجتمعان فلا تضاد بينهما. أما زعمه أن المنع إنما هو في النوعين أو الصنفين فمردود بأن منع المزابنة في الربوي وغيره إنما هي في النوع الواحد، ويقع في عباراتهم الجنس والصنف بدل النوع، والمعتبر في منع المزابنة كونها فيما كان المقصود منه في المنفعة، واحدًا أو متقاربًا سمي نوعًا أو جنسًا أو صنفًا لا فيما تباين ذلك فيه أو تباعد، كما هو ظاهر شرطه المنع بكونه بين نوعين متضادين فتأمله، وأما زعمه أن اللبن مع السمن أو الزبد ليسا بنوعين لعدم تضادهما؛ لأنهما جزآن إلخ فوهم؛ لأن التضاد المعتبر بين النوعين إنما هو في الصادقية على موضوع واحد، وهو حاصل في اللبن المخرج زبده مع السمن، والزبد، والاجتماع الكائن بينهما إنما هو في الوجود الحسي وهو غير مانع من التضاد المذكور فهما نوعان أو صنفان أقرب مشترك بينهما المخرج من اللبن الحليب.

وقوله: حيث منع شيء من هذا إنما منع للمزابنة التي تكون في الربوي وغيره لا لكونه ربويًا غير صحيح؛ لأن المزابنة التي تكون في الربوي وغيره إذا تبين الفضل ألغيت، والمزابنة في الرطب والتمر واللبن والسمن والزبد معتبرة ولو بان الفضل بينهما، أما في الرطب والتمر فواضح، وأما في اللبن المضروب مع الزبد والسمن فكذلك؛ لأن اللبن مع أحدهما إن كانا جنسين فلا مزابنة؛ لأنها إنما تعتبر في الجنس الواحد، وإن كانا جنسًا واحدًا كان اللبن ربويًا؛ لأنه من جنس الزبد، أو السمن حينئذ، وما هو من جنس الربوي ربوي، وتوهيم ابن الحاجب ابن بشير بما ذكر من لفظها بين، ويجاب بأن مراده بالصنعة مجموع المخض وما بعده، لا ما بعده فقط، وتوهيمه اللخمي وهم.

والمعروف أن الماء غير طعام في ثالث سلمها والإدام والشراب كله طعام لا يباع قبل قبضه، ولا يصلح منه اثنان بواحد إلا أن يختلف أنواعه إلا الماء يجوز بيعه قبل قبضه ومتفاضلًا يدًا بيد، وبطعام إلى أجل، وخرج القاضي من رواية أبي الفرج وابن نافع منع بيع عذبه بطعام إلى أجل أنه ربوي، ورد المازري وغيره بأنه حينئذ كفاكهة لا تدخر ولا تقتات، وقبلوه وعبر عنه ابن الحاجب بقوله: ووهم فإن هذا حكم الطعام غير الربوي ويرد بأن وضوح العلم بادخاره ودوامه مع كونه طعامًا برواية ابن نافع يوجب كونه ربويًا.

المازري: وعلى الترجيح بيع دار بأخرى لكل منهما ماء عذب، غير جائز على رعي الأتباع جائز على لغوها.

قُلتُ: فيلزم الثاني في فدان بآخر بكل منهما تمر ربوي، واختلاف جنس الطعامين الربويين يبيح فضل أحدهما على الآخر فالحنطة والتمر والزبيب ولحم ذي الأربع ولحم دواب الماء والجراد واللبن مطلقًا والزيت والخل والعسل كل منهما جنس لأنواعه:

الشَّيخ: روى ابن حبيب: بيض كل الطير جنس واحد كان مما يطير أولا كالنعام والطاووس وصغيره وكبيره.

الباجي: التين كله جنس وكذا العنب.

ابن حبيب: الثوم والبصل جنسان.

قُلتُ: وكذا عسل النحل والسكر، وهو دليل قول اللخمي لا يراد عندنا إلا للعلاج، ولظاهر قوله: العسول أصناف، وتقارب منفعة الجنسين تصيرهما جنسًا واحدًا.

والمعروف أن القمح والشعير جنس واحد، ولم يحك المازري فيه في شرح التلقين خلافًا في المذهب، وقال في المعلم إثر نقله قول الشافعي: إنهما جنسان، ومال إليه بعض شُيُوخنا المحققين.

وقال في موضع آخر: لم يختلف المذهب أنهما جنس واحد ورأى السيوريى أنهما جنسان ووافقه على ذلك بعض من أخذ عنه قال غيره هو: عبد الحميد الصائغ، ولم يعزه ابن بشير إلا للسيوري، والمذهب أن السلت كالقمح وفي إجزاء قول السيوري فيه

نظر، والأظهر عدمه؛ لأنه أقرب للقمح من الشعير.

وفي كون العلس من جنس القمح نقل أبي عمر عن ابن كنانة مع اللخمي عن رواية ابن حبيب، ومعروف المذهب، أبو عمر اتفق قول مالك على أن الذخن والذرة والأرز أصناف يجوز التفاضل بينها.

الباجي لزيد بن بشير عن ابن وَهْب: أن الدخن والذرة والأرز جنس لا يجوز التفاضل بينها.

وقول ابن شاس: المشهور أنها لا تلحق بالقمح والشعير وما معها وألحقها ابن وَهْب بها.

وسبب الخلاف النظر لتباين الخلقة والمنفعة أو إلى أن العادة اختبازها لا أعرف من نقله عن ابن وَهْب غير ابن محرز، ونقله ابن بشير غير معزو، ونقله اللخمي عن الليث ومال إليه. قال: ذكر عن الليث أن القمح والشعير والسلت والأرز والذرة والدخن صنف واحد في البيع وهو أقيس على قولهم: أخبازها صنف واحد وفيها رجع عن كون القطاني أصنافًا؛ لأنها صنف واحد.

وبالأول أقول: ابن رُشْد به قال: سائر أصحاب، وثالثها له ما لا يشبه بعضه بعًا في المنفعة كالحمص والفول، والترمس والكسر سنة فهي أصناف، وما أشبه بعضه كالحمص والعدس صنف.

أبو عمر: روى ابن وَهْب أنها كلها صنف واحد، وروى ابن القاسم أنها أصناف لا بأس بالتفاضل بينها، وقاله سَحنون وأكثر أصحاب مالك، وقال ابن القاسم وأشهب: الجلبان والبسيلة صنف واحد والحمص واللوبيا صنف واحد، وماعدا ذلك أصناف مختلفة.

ابن زرقون: قال عيسى: لا بأس بالبسيلة بالجلبان واللوبيا بالحمص متفاضلًا، ورواه ابن أبي جعفر عن ابن القاسم في الحمص واللوبيا، وأجاز الجلبان بالعدس. قال: وكرهه أشهب.

وفي كون الكرسنة من القطاني أو صنفًا على حدة، ثالثها: إنها غير طعام رواية اللخمي مع أحد نقلي ابن بشير، وثانيها مع ابن رُشْد عن ابن حبيب، وقوله في سماع

القرينين في الزكاة.

قال ابن وَهْب: لا زكاة فيها واختاره يحيى بن يحيى، وهو الأظهر؛ لأنها علف ليست بطعام.

وفي كون الأرز والجلبان من القطنية نقل ابن رُشْد رواية زياد والمشهور مع سماع القرينين، وقول ابن بشير الكرسنة هي اللوبيا خلاف سماع القرينين، تفسير مالك القطنية بقوله: الجلبان واللوبيا والحمص والكرسنة وما أشبه ذلك.

وفيها: ما أضيف للحم من شحم وكبد وكرشٍ وقلب ورئة وطحال، وكلأ وحلقوم وكراع وخصي ورأس وشبهه حكم اللحم.

والمعروف اختلاف طبخ اللحم لا يعدد جنسه.

عبد الحق: لم يذكروا في كون الطبخ يوجب اتحاد المطبوخين ولو كانا جنسين أم لا، والظاهر الأول كخبزي الجنسين.

قُلتُ: فيتخرج خلافه احرويًا؛ لأن التباين بالطبخ أبين ولذا قيل به في الجنس الواحد وصفة الطبخ تأتي، التونسي: إن بيع اللحم المطبوخ بعسل بما طبخ به بلبن فلا شك في اتحاده؛ لأن طعمهما متقارب، وإن بيعا بمرقتهما أمكن أن يختلفا لاختلاف أجناسهما، إلا أن يغلب اللحم فيكون مرقة تبعا فيجب تحري الجميع.

اللخمي: القياس جواز التفاضل بين قلتي الخل والعسل لتباين الأغراض فيهما.

المازري: مال بعض أشياخي لتعدد جنس اللحم باختلاف طبخه الذي تختلف فيه الأغراض.

ابن شاس: تعقب بعض المتأخرين المذهب، وأرى أن **الزبرباج** مخالف **للطباهجة** مخالفة لا يتمارى فيها.

قُلتُ: ففي اختلاف اللحمين مطبوخين طبخًا تختلف فيه الأغراض. ثالثها: إن كانا جنسين وبيعا بمرقتهما.

اللخمي: ومعروف المذهب، والتونسي، وظاهر كلامه: أن بيع لحم مع مرقه بلحم مع مرقه كبيع لحم بلحم.

وقال اللخمي: قولها: لا يجوز قلية لحم بعسل بقلية لحم بخل أو لبن متفاضلًا،

يريد: إن باعا اللحم باللحم فقط، وإن أدخلا أوداكهما في البيع جرى على الخلاف في بيع قمح، ودقيق بقمح ودقيق.

قال المازري: هذا إن أعطيت الاتباع حكم نفسها، وإن ألغيت فلا. قال: والتساوي بين اللحمين مطبوخين بالوزن يعسر، فوجب كونه بالتحري وفي وجوب التحري في اللحمين ومرقيهما أو دونهما قولا الشَّيخ وغيره، ورجحه عبد الحق بأن المعتبر في تحري الخبزين دقيقاهما دون تماثل أعيانهما، وسياق كلام المازري دخول قول ابن شعبان بإلغاء عظم اللحم المتحرى قبل طبخه فيه بعد، ويرد بأن عظم المطبوخ معتبر لطبخه معه بخلاف ما قبله، وقول ابن الحاجب اختلف في الأمراق باللحوم المطبوخة، المختلفة والمشهور أنها جنس بين لكل منصف بعده عن بيان المذهب.

اللخمي: في كون التوابل طعامًا روايتها ورواية ابن شعبان، وهي الكزبر والقرنباذ والفلفل وشبهه.

قُلتُ: وفيها والشونيز، والتابل، ويدخل في قول اللخمي شبه ذلك الزنجبيل.

عياض: القرنباذ: بفتح القاف والراء ونون بعدها ساكنة وآخره دال: الكرويا، والشونيز: بفتح الشين: الحبة السوداء.

الشَّيخ عن محمد عن ابن القاسم: الشمار والآنيسون والكمونان طعام، وقال محمد وأَصْبَغ في هذه الأربعة: ليست طعامًا هي دواء إنما التابل الذي هو طعام: الفلفل والكرويا، والكزبر، والقرفة والسنبل.

ابن حبيب: الشونيز والخردل من التوابل لا الحرف، وهو حب الرشاد، هو دواء لا طعام، وعزو ابن الحاجب كون التوابل غير طعام لأَصْبَغ يقتضي عموم قوله في جميعها، والذي في النوادر إثر قول ابن القاسم لأَصْبَغ غير ذلك.

وفي كون التوابل جنسًا أو أجناسًا. نقل الشَّيخ عن محمد عن ابن القاسم: الشمار والانيسون جنس، والكمونان جنس، وقول الباجي: الأظهر أنها أجناس لاختلاف منافعها وتباين الأغراض فيها. قال: ولمحمد عن أَصْبَغ وتأوله عن مالك الفلفل والقرفة، والسنبل والكرويا وحب الكزبر والقرطم والخردل أجناس مختلفة.

قُلتُ: في النوادر إثر قول أَصْبَغ في الفلفل وما بعده.

قال أشهب عن مالك: كل واحد من ذلك جنس.

والأظهر أن الفلفل والزنجبيل جنس واحد، ولا نص فيه وفي تعبير ابن الحاجب عن قول الباجي بالكراهة نظر.

وفي وحدة جنس الأخباز مطلقًا طريقان:

ابن رُشْد: في كونها كذلك، وفي كون أخباز القطنية جنسًا وحدها، ثالثها: أنها أجناس باختلاف أصولها للمشهور وابن أبي جعفر عن ابن القاسم رواية معه.

قُلتُ: عزاه اللخمي أيضًا لأحد قولي أشهب قائلًا: أرى تباين منفعة الخبز وطعمه تبيح التفاضل فيه.

قُلتُ: فيلزم جواز الفضل في خبزي القمح والشعير ضرورة.

ابن زرقون: في كونها جنسًا واحدًا وتبعيتها لأصولها، ثالثها: خبز القمح والشعير والسلت والدخن والذرة، والأرز جنس، وخبز القطنية جنس لأشهب، والبرقي ومحمد عن ابن القاسم مع أشهب، وعليه في كون خبز القطنية جنسًا خلاف ابن حارث، اتفقوا على أن سويق أجناس القطنية جنس واحد، وذكره الباجي عن ابن القاسم قال: وفرق أشهب بينه وبين أخبازها بأن جعلها أخبازًا نادر، وجعلها سويقًا غالبًا.

والخلول وإن اختلفت أجناسها جنس.

ابن حارث: اتفقوا في خل العنب والتمر أنها جنس لاتفاق المنافع.

الباجي: تجمع الصنعة بين الشيء وما ليس من جنسه كخل التمر وخل العنب، وخل العسل كلها جنس واحد.

زاد ابن القاسم في المدنية، وكذا كل خل اختلفت أصنافه أو لم تختلف، وقاله ابن نافع، وقال عيسى: هذه الأخيرة خطأ، ولذا قلنا في الإبل والبقر والغنم أنها أجناس لاختلاف الأغراض فيها، ولحومها وألبانها جنس لاتفاق الأغراض فيها. قلت: لم يتعقب الباجي ولا ابن زرقون تخطئته ابن القاسم والأظهر أنها الخطأ؛ لأن الزيادة المذكورة صواب وتخطئة الصواب خطأ، وتمسكه بها ذكر ينقلب عكس دعواه ضرورة صدق قولنا ألبانها جنس واحد اختلفت أصنافها أو لم تختف، وكذا لحومها.

وظاهر كلام ابن رُشْد: الاتفاق على اتحاد جنس الخلول مطلقًا، ولم يذكر اللخمي والمازري فيها خلافًا، وقول ابن الحاجب: اختلف في الخلول وقبوله ابن عبد السلام لا أعرفه، ولا يصح أخذه من قول عيسى بعد تسليمه؛ لأنه بشرط اختلاف الأغراض فيها.

وفيها: زيت الزيتون، وزيت الفجل، وزيت الجلجلان أجناس لاختلاف منافعها.

ابن حارث: اتفقوا في كل زيت يؤكل أنه ربوي، وأجاز ابن القاسم التفاضل في زيت الكتان؛ لأنه لا يؤكل، وقال أشهب: لا يباع قبل قبضه.

المازري: مال بعض شُيُوخي إلى أن دهن اللوز غير ربوي؛ لأنه لا يستعمل غالبًا عندنا إلا دواء، وهو بعيد عن أصل المذهب؛ لأن بعض القوت والأدم يترك أكلها لغلائها.

ودهن الورد، والياسمين والبنفسج، ونحوها إنما تتخذ دواء، فيخرج عن حكم الطعام عند بعض أشياخي.

قُلتُ: ما ذكره عن بعض أشياخه هو نص اللخمي، وقولهما في زيت الورد ونحوه يقتضي عدم وقوفهما عليه للمتقدمين، وفي رسم أسلم من سماع عيسى ابن القاسم من السلم والآجال: لا يعجبني الزنبق والرازي والخيري بعضه ببعض إلى أجل متفاضلًا؛ لأن منافعه واحدة.

ابن رُشْد: هذه أدهان حكم لها بحكم الصنف الواحد على أصله في مراعاة المنافع دون الأسماء.

المازري واللخمي: لا يجوز الفضل بين الخبز والكعك إلا أن يكون فيه أبزار.

ابن شاس: أجازوا الفضل بينهما، وقال بعض المتأخرين: انظر هذا مع قولهم: الألوان كلها صنف، ومقتضاه جعل الخبز والكعك صنفًا واحدًا، وقول ابن الحاجب: اختلف في الخبز والكعك للأبزار، والمذهب أنهما جنسان ظاهره التنافي، ومقتضى المذهب في وحدة جنس المطبوخ كونهما جنسًا واحدًا كما أشار إليه ابن شاس عن بعضهم، وللشيخ عن كتاب محمد قال: الأرز المطبوخ بالهريسة لا يصلح إلا مثلًا بمثل، أَصْبَغ كعجينهما لا يصلح إلا تحريًا.

المازري: إن أراد الهريسة المصنوعة من الأرز واللحم يجعل خلط اللحم به لا ينقله

عن حكمه، وإن أراد ما صنع من القمح واللحم يجعل طبخ القمح والأرز يصيرهما جنسًا واحدًا.

قُلتُ: مقتضى منع الأرز بهريسة متفاضلًا منع الخبز بالكعك متفاضلًا فتأمله.

وفي جواز التمر بخله ومنعه مطلقًا، ثالثها في اليسير لابن رُشْد عنها مع نقله عن بعض روايات سماع عيسى، وأخذه عن سماع يحيى.

ابن القاسم: منع خل التمر بنبيذه منضمًا لمنع التمر لنبيذه؛ لأن نسبة بعض الجنس إلى طعام كنسبة باقيه إليه مع فضل، واستحسانه هذا الأخذ من هذا السماع، وابن الماجِشُون، وعلى غير الأول فرق بين جواز خل العنب بخله ببعد ما بينهما، ثم رد الأخذ من سماع عيسى بأن قرب التمر من نبيذه مع قريب نبيذه من خله لا ينتج قرب التمر من خله؛ لأنهما طرفان النبيذ بينهما.

الباجي: نص مالك على جواز التمر بخله فقاس ابن القاسم عليه العنب بخله، وروى محمد عنه أنه قال: لا أدري إن كان يطول كالثمر فلا بأس به فاعتبر الطول دون الطعم، وقال المغيرة: لا يحل التمر بخله ولا العنب بخله، ولا بأس بخل التمر بالعنب وخل العنب بالتمر، وقال أبو زيد عن ابن الماجِشُون: يجوز في اليسير لا الكثير للمزابنة، وقال اللخمي في ثمانية أبي زيد: إنه فاسد للمزابنة حتى يتبين الفضل كقول مالك في الجلد بالأحذية.

قُلتُ: قوله: حتى يتبين الفضل وهم؛ لأنهما ربويان بخلاف الجلد بالأحذية.

الباجي مع سماع يحيى ابن القاسم: لا يحل خل التمر بنبيذ الزبيب.

وفيها: لا خير في قصب الحلو بربه ولا التمر بربه، إلا أن يدخله أبزار فيصير صنعة يبيح التفاضل فيه.

الشَّيخ عن كتاب محمد قال: لا خير في رب عسل القصب بعسله، إلا أن تدخله أبزار.

ابن بشير: إن لم يطل زمن الصنعة فالمشهور لا تنقل، كالتمر بنبيذه، والزبيب بنبيذه.

الباجي: سمع يحيى ابن القاسم: لا يصلح التمر بنبيذه متفاضلًا، وعلله بتقارب المنافع، ولعله أراد تقارب الانتفاع إذ منافعها متباينة، وإن عللنا بالطعم واختلاف

الأغراض جاز الخل بالنبيذ متفاضلًا، قال وسمع أبو زيد ابن القاسم: لا بأس بالفقع بالقمح وليس فيه غير تغير الطعم.

ابن رُشْد: يحتمل أن يريد الفقع الذي يعمل في الأعراس، روي أن مالكًا كره شربه، إلا أن يكون من عمله مأمونًا في دينه.

وقال ابن وَهْب: هو حلال شربه السلف وأجازوه، رأيت الليث بن سعد يشربه كثيرًا، ويقول ليس من الخليطين في شيء، وقال أَصْبَغ وسَحنون: لا بأس به، ومن كرهه إنما كرهه من ناحية الطب لا من جهة العلم، وهو حلال بين أصله من العسل يجعل فيه خمير القمح، وإفاوة طيب فأجاز بيعه بالقمح يدًا بيد لم يعتبر ما فيه من خمير القمح؛ لأنه يسير مستهلك تبع ويحتمل أن يريد ما يتولد زمن الربيع في أصول الشجر والمواضع الرطبة يؤكل نيئًا ومشويًا، فإن كان مراده فيجوز بالقمح يدًا بيد وإلى أجل؛ لأنه وإن كان يؤكل فأكله قليل لا يحكم له بحكم الطعام والأول أظهر.

قُلتُ: ظاهر قول الباجي ليس فيه غير تغير الطعم أنه لا إضافة فيه من عسل ولا إفاوة.

الباجي: في كون نبيذ التمر ونبيذ العنب جنسًا أو جنسين قولها، وقول كتاب الفرج، وتجويز ابن القاسم الفقاع بالقمح يقتضي أن الانتباذ صنعة.

قُلتُ: هذا على فهمه لا على ما مر لابن رُشْد.

وفي كون نبيذ التمر ونبيذ الزبيب جنسًا أو جنسين نقلا الباجي مع غيره، وعن كتاب أبي الفرج.

اللخمي: قال مالك: لا يصلح نبيذ الثمر ونبيذ الزبيب إلا مثلًا بمثل؛ لأن منفعتها واحدة.

ابن حبيب: الأشربة الحلال من التمر والزبيب جنس، وقال أبو الفرج: عصير العنب والتمر جنسان ما لم يتخللا، وهذا أبين؛ لأن التمر بنبيذه والعنب بعصيره لا يجوز متفاضلًا، فإذا لم ينقله انتباذه عن أصله، والتمر بالعنب يجوز متفاضلًا؛ جاز الفضل بين نبيذيهما.

قُلتُ: فقول ابن شاس وابن الحاجب، وقبوله ابن عبد السلام المشهور أن نبيذ

التمر ونبيذ الزبيب صنفان تبعًا لأصولهما، وعند أبي الفرج أنهما صنف واحد وهم، وفيها لمالك: لا يصلح نبيذ التمر ونبيذ الزبيب إلا مثلًا بمثل.

والمذهب أن الطحن والعجن لغو، ونقله ابن بشير، ثم قال في لغو الصنعة: دون نار ولا طول قولان:

الباجي عن عبد الرحمن بن أبي سلمة: الطحن معتبر وعزاه غيره لليث. وفيها لمالك لا يجوز اللحم المقور بالنيئ، ولا السمك الطري بالمملح ولا القديد باللحم النيء متفاضلًا، ولا مثلًا بمثل ولا تحريًا، ولا يعجبني اللحم المشوي بالنيء واحد باثنين ولا بينهما فضل، وهذا أيضًا مما رجع عنه وأقام على كراهته، مثل القديد وهو أحب قوله إلي، وقال مالك: ولا يتحرى، ولم أسمع منه في القديد بالمطبوخ شيئًا، فإن كان القديد إنما جففته الشمس بلا تابل ولا صنعة صنعت فيه جاز منه واحدًا باثنين من المطبوخ، وكذا المشوي به، ولا خير في القديد بالمشوي وإن تحرى.

قُلتُ: فتجفيف الشمس والنار بتابل ناقل، وكذا فيها ما كان بمرقة وأبزار.

الباجي: إن اقترن بالنار ما تتم الصنعة به من ملح وإبزار وزيت وخل ومري وغير ذلك، فما انضاف إليه ما تكون للنهاية المعتادة من عمله فهي صناعة، كالأبزار والمرقة في طبخ اللحم والماء، والملح في الخبز فهذا يغير الجنس؛ لأن الماء والملح هو النهاية من عمل الخبز في الأغلب.

قُلتُ: ظاهره أن طبخ اللحم بالماء والملح فقط لغو ومثله قول اللخمي.

قال ابن حبيب: لا خير في قديد بقديد لاختلاف يبسه، ولا في الشواء بالشواء؛ لأنه لا يعتدل، وبيع أحدهما بالآخر أو بالنيء مثلًا بمثل لا يجوز إن كان الأبزار فيهما، ولا أبزار في أحدهما، فإن كان في أحدهما فقط جاز التفاضل فيهما إذا غيرته الصنعة بالتوابل والأبزار التي عظمت فيها النفقة، فأما ما طبخ بالماء والملح فلا.

قُلتُ: فإن أضيف إليهما بصل فقط أو ثوم، فكان بعض شُيُوخنا يراه معتبرًا، وهو مقتضى آخر كلام ابن حبيب خلاف مقتضى أوله، وقول ابن الحاجب: طبخه بماء أو غيره ناقل خلاف ما تقدم للباجي واللخمي عن ابن حبيب، وما تعرض ابن عبد السلام إليه بوجه.

ابن حارث: اختلف في طري اللحم بالمطبوخ فأجازه ابن القاسم.

وقال ابن عبد الحكم: لا يجوز مثلًا بمثل بحال، وروى عن مالك قال: وانفرد ابن القاسم بقوله.

قُلتُ: فيها قال مالك: لا بأس باللحم الطري بالمطبوخ متفاضلًا إذا غيرته الصنعة، ونقل ابن زرقون قول ابن عبد الحكم دون روايته، وزاد فيه وإن طبخ بأبزار وخل ومري.

والمعروف أن الخبز ناقل. ابن زرقون في المبسوطة عن ابن نافع: لا يجوز بيع القمح والدقيق بالخبز.

قُلتُ: فيقوم منه، ومن قول ابن عبد الحكم في الطبخ، وقول المغيرة في منع الخل بتمره لغو الصنعة مطلقًا.

اللخمي: يجوز التفاضل بين الأسفنجة والخبز والكعك؛ لأن الزيت نقل طعمها كالأبزار، واختلفت فتوى شُيُوخنا في بيع السقي بالخبز متفاضلًا، وهو ما يطبخ مسطحًا من عجين القمح طبخًا يسيرًا، ثم يعجن سحتًا تحله الحاكة بالماء حتى ينماع به ثم يبلون فيه الغزل، والأظهر جوازه من قولها: يجوز مشوي اللحم بمطبوخه متفاضلًا، ويجوز النشاء بالخبز متفاضلًا؛ لأن صنعته أخرجته عن منفعة الأقل إلى غيره، التونسي لا رواية في الخبز، بالسويق وينبغي جواز التفاضل فيه لاختلاف منفعته، وإذا لم تجز الهريسة بما فيها من اللحم بالأرز المطبوخ وحده، فلا تجوز بخبز ولا بعصيدة إلا مثلا بمثل؛ لأن النار جمعتها.

وفي قلو الحبوب قولان: لقولها: لا بأس بالحنطة المبلولة بالحنطة المقلوة، وبلغني عن مالك فيه بعض مغمز حتى تطحن المقلوة، ولا بأس بالأرز اليابس بالمقلو.

اللخمي: لا يجوز يابس الفلول بمسلوقه، وقد يجوز في الترمس لطول أمره وتكلف مؤنته.

المازري: أما السلق للحب فرأى بعض الأشياخ أن سلق الفول صار جنسًا آخر، وجاز الفضل بينه وبين ما لم يسلق منه، ثم ذكر كلام اللخمي. ففي اعتبار السلق ثالثها في الترمس لا الفول الأقوال المتأخرين، وسمع عيسى ابن القاسم، لا خير في بيض مسلوق

بنيء منه ليس السلق صنعة.

ابن رُشْد: كقولها: طبخ اللحم بغير أبزار لغو، وسمعه لا بأس بالقصب بالسكر.

ابن رُشْد: زاد في بعض الروايات وعسل القصب بربه إن أدخله أبزار كالقرفة والسنبل والفلفل، واللوز والفستق والبيض لا بأس فيه متفاضلًا، لا أعلم إلا أنه بلغني عن مالك، ووقف فيه ابن القاسم إن من لم يدخله شيء إلا بيض ضرب به.

ولا بأس بعسل القصب بالسكر لطول أمره.

ابن رُشْد: وهذه زيادة على ما في المدَوَّنة؛ لأنه أجاز السكر بقصبه وبربه وعسله لبعد ما بين السكر وبينها، وجعل القصب وربه وعسله جنسًا واحدًا، إلا أن يدخل بعضها أبزار فيجوز التفاضل بينه وبين ما لم يدخله منها.

[باب في شرط المماثلة]

وشرط المماثلة: اتحاد العوضين في درجة الطيب[1]، وسمع عيسى ابن القاسم: لا بأس بواحد باثنين أخضرين أو يابسين في الخوخ، وعيون البقر ولا خير في رطبة بيابسة من صنف واحد؛ لأنه مخاطرة كالتمر والتين في ذلك لحديث: **«النهي عن الرطب باليابس»**[2].

ابن رُشْد: لا يجوز ذلك في الصنف الذي لا يجوز فيه التفاضل اتفاقًا، وفيما جاز فيه التفاضل كالتفاح والخوخ، وعيون البقر فثالثها إن لم يبين الفضل بينهما لدليل احتجاجه في هذه الرواية، وفي سماع أَصْبَغ بحديث النهي، ولابن القاسم في رسم باع شاة وسماعه أبو زيد في جامع البيوع مع دليل اعتلاله في هذه الرواية، وسماع أَصْبَغ بالغرر والمخاطرة

(1) قال الرَّصاع: أشار: إلى أن العوضين اللذين تجب فيهما المماثلة من الطعام، وسياقه يدل عليه لا بد أن يتحد العوضان في درجة الطيب، وإلا فلا توجد المماثلة وأخرج بذلك إذا اختلف العوضان في درجة الطيب فلا يوجد فيهما التماثل، ولذا قال فيها: لا يجوز فريك الحنطة بيابسها، ولا السمن بالزبد متماثلًا ولا متفاضلًا، وهنا مسائل للخمي وغيره، وبحث للشيخ، فانظر كلامه.

(2) أخرجه البخاري: 4/315 في البيوع، باب بيع الزبيب بالزبيب و321، باب بيع المزابنة، وباب بيع الزرع بالطعام كيلاً، ومسلم: رقم (1542) في البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا. والمزابنة اشتراء الثمَر بالتمْر كيلاً، وبيع الكرم بالزبيب كيلاً.

والمزابنة. وقياسه الخوخ وعيون البقر، على التمر والتين بعيد؛ لأنهما ربويان ورد فضل القولين إلى الثالث فلا اختلاف، والرطب واليابس من صنفين جائز مطلقًا اتفاقًا، وقول ابن الحاجب: لا يباع رطب بتمر ونحوهما باتفاق.

قُلتُ: إن أراد بنحوهما الرطوبة واليبس بطل بغير الربويين، وإن أراد في ذلك بكونهما ربويين فاته حكم غير الربويين، واختلاف العوضين في درجة الطيب ينافي تماثل قدريهما.

فيها: لا يجوز كبير البلح برطب ولا ببسر ولا بسر برطب، ولا تمر بأحدهما ولا برطب.

اللخمي اختلف في الرطب بالتمر إذا تحرى نقص الرطب إذا جف، واختلف قول مالك في طري اللحم بيابسه على التحري.

وذكر ابن بشير تخريج اللخمي، وقال: ليس كما ظنه فإن الرطب حالة كماله التيبس، وله يراد، واللحم حال كماله الرطوبة، واليبس تغير عن كمال لذا ألغى في أحد القولين، والعجين دقيق أضيف إليه شيء فجاز بيعه بالدقيق وقبله ابن عبد السلام، وحاصله التفريق بأن الرطوبة في اللحم كمال لا اليبس، وفي التمر على العكس، وكون هذا رد القياس لا ينهض؛ بل يرد بأن يبس الرطب من اللحم قد يعود يابسًا، فالتحري فيه قريب الصدق لإمكان تجربته طريًا، ويابسًا، وعين الرطب لا تصير تمرًا، فلا تمكن تلك التجربة فيه، وبأنه قياس فاسد الوضع؛ لأنه في معرض النص، وتقدم نحو هذا في شحم الميتة.

الشَّيخ في كتاب محمد قال: الجبن كالسمن والزبد، لا يجوز باللبن، واختلف في الجبن باللبن المضروب، فكره وأجازه ابن القاسم، وأجاز مالك المضروب بالزبد والسمن.

ابن حبيب: لا يباع رطب الجبن بيابسه ونحوه لمحمد.

اللخمي: في جواز الرطب بالرطب مثلًا بمثل قولا ابن القاسم مع مالك وعبد الملك لنقصه إذا جف، وعليه منع البسر بالبسر، وأجاز مالك جديد التمر بقديمه ومنعه عبد الملك، وهو أحسن إن اختلف صنفاهما كصيحاني وبرني.

الباجي: انظر إذا كان نصف الثمرة بسرًا ونصفها قد أرطب، هل يجوز بيع بعضه؟
قُلتُ: الأظهر على مشهور المذهب جوازه.

اللخمي: في جواز الحليب بحليب، متماثلًا: روايتها ورواية أبي الفرج لجعل قدر زبديها، وهذا يصح، حيث يراد لزبده، ولو منع لاختلاف ما يراد منهما، لمنع قمح بقمح لاختلاف ريعهما.

وفيها: يجوز حليب فيه زبده، وبما لا زبد له من لبن لقاح، أو إبل كدقيق بقمح وله ريع:
قُلتُ: فيتخرج فيه رواية منعه.

اللخمي: يجوز الزيتون بالزيتون مثلًا بمثل، وإن كان زيت أحدهما أكثر.
قُلتُ: لم يذكر فيه تخريجًا من رواية أبي الفرج.
وقال ابن الحاجب: يجوز بمثله اتفاقًا.

اللخمي: شرط بيع اللحم بمثله من جنسه كون الذبح فيهما في وقت واحد أو متقارب. وإن بعد، وجفت الأولى لم يجز وزنًا، ويختلف فيه على تحري النقص، ويجوز تفضلًا من رب الأولى إن لم تكن أدنى كالدنانير الناقصة بالوازنة.

قُلتُ: منع قطع الدنانير صيرورته كجودة، وقطع اللحم متيسر، وسمع عيسى ابن القاسم: لا خير في زيتون جف بمثله مما لو ترك قدر ما ترك نقص.

ابن رُشْد: لا يجوز كيلًا اتفاقًا، وروى محمد جواز رطب الخبز بيابسه تحريًا، والمنع أحسن؛ لأن التحري لا تحصل به حقيقة المماثلة.

الشَّيخ عن الموَّازية: اختلف قول مالك في طري اللحم بالقديد أو المشوي، وآخر قولية كراهته، وإن تحرى، وبه أخذ ابن القاسم وأَصْبَغ وأخذ ابن وَهْب، وابن أبي المغمر بالأول.

ابن القاسم: لا خير في قديد بمشوي وإن تحرى، ولا في طري السمك بمالحه وإن تحرى.

قال مالك: لا بأس بالحالوم الرطب بيابسه، وبالمعصور القديم وبالجبن بالحالوم تحريًا، وكره الزيتون الطري الأخضر بالمالح الذي أكل منه.

قُلتُ: ظاهر كراهته الزيتون من غير ذكر تحريه مع إجازته التحري فيما قبله وفيما بعده منعه فيه، وذكر ابن الحاجب: فيه قولين، ولم أجد من ذكرهما نصًا فيه، وتخريجهما من غيره واضح.

اللخمي: في جواز العجين بالدقيق تحريًا روايتان:

ابن رُشْد: العجن ليس بصنعة، لا يجوز دقيق بعجين متفاضلًا اتفاقًا.

وفي جوازه تحريًا ثالثها في اليسير كسلف بعض الجيران الخميرة يرد فيها دقيقاً أو يبدلونها به، لابن حبيب مع أحد سماعي عيسى ابن القاسم، وثانيهما وثاني سماع ابن القاسم مع نص رواية محمد، وقول أشهب بالمنع قيل لعدم استطاعة تحريه، وقول سَحنون: لأن أصل الكيل للدقيق، وأصل العجين الوزن، ولا يتحرى ما أصله الكيل؛ بل ما أصله الوزن غير بين؛ لأن معنى تحري المكيل لعدم، تعذر ما يكال به من قدح أو صحفة، وإن لم يكن مكيالًا معلومًا، وما يوزن به قد يتعذر، والعجين لا يمكن كيل دقيقه بحال، فالتحري فيه أجوز من الموزون لعدم الميزان، ولذا أجاز ابن القاسم خبز القمح بخبز الشعير بتحري كيل دقيقهما، وأجاز التمر المنثور بالمكتل تحريًا إذ لا يتأتى كيل التمر المكتل.

قُلتُ: المكتل يحتمل أنه اسم مفعول من فعل مضعف العين لقول الجوهري: الكتلة: القطعة المجتمعة من الصمغ، أو على وزن فعل كزمن لقول ابن سيده، كتل الشيء فهو كتل تزلق وتزلج.

ابن شاس: ما كانت رطوبته طارية كالقمح المبلول مثلًا بمثل المشهور منعه لاختلاف البلل، وقيل بالجواز قياسًا على الرطب بالرطب.

ابن بشير: في بيع ذي الرطوبة الطارئة بعضه ببعض مثلًا بمثل الجواز لتساوي حالتيهما، والمنع؛ لأن المقصود حالة الجفاف، ولا يقطع بالتساوي فيهما وتوهم الفضل كتحققه.

وقال ابن رُشْد: في رابع مسألة من رسم أوصى من سماع عيسى من جامع البيوع لا خلاف في منع بيع الزيتون الطري بالجاف منه كيلًا بكيل كالرطب بالتمر، والفريك بالقمح والحنطة المبلولة بالحنطة المبلولة؛ لأن بعض المبلول أشد انتفاخًا من بعض.

قُلتُ: ظاهر لفظ ابن شاس أن القول بالجواز إنما هو مخرج على جواز بيع الرطب بالرطب، ويرد بأن رطوبة الرطب أصلية لا عارضية ولا معروضة؛ لأن تكون بفعل آدمي، وبأنه كذلك يؤكل ولا ييبس فلا يصير لحالة يختلف فيها قدره، وقد أشار ابن بشير إلى هذا في تعليله المنع ولازم صحة التخريج تناقض المشهور؛ لأنه في الرطبين الجواز، وفي المبلولين المنع، وظاهر قول ابن بشير أن القول بالجواز منصوص لا مخرج، وظاهر سياق ابن رُشْد الاتفاق على منعه، وقال في رسم القبلة من سماع ابن القاسم من كتاب الصرف: ظاهر هذا السماع وسماع عيسى ابن القاسم في جامع البيوع جواز بدل القمح المأكول والمعفون بالسالم على وجه المعروف، ومنعه أشهب كالدنانير الكثيرة النقص بالوازنة فلم يجز المعفون بالصحيح إلا أن يشبه بعضه بعضًا ولا يتفاوت، وأجاز ذلك سَحنون في المعفون، وفرق بين الدنانير والطعام، بأن الدنانير الوازنة بينها وبين الناقصة فضل في الوزن، ولا فضل بين المعفون والصحيح، وكرهه في المأكول إذا ذهب أكثر الحبة.

قُلتُ: يريد في المأكول إذا ذهب أكثر الحبة قلت: يريد بالمأكول السايبس وبه عبر اللخمي وذكر قول أشهب في الكثير قال عنه: ولا بأس إذا قل الطعام، كالدنانير اليسيرة، وإن كثر الطعام، وعفنه مختلف أو كان بأحدهما فقط لم يجز كالدنانير إذا كثرت، وكذا القمحان أحدهما كثير التراب لا يصلح إلا في اليسير، وتقدم منع ابن حبيب قديدًا بمثله ومشويًا بمثله، وذكر اللخمي قبل ذكره جوازه كأنه المذهب، وعبر عنه المازري وابن شاس بالمشهور وتبعه ابن الحاجب، وأشار بمناقضته المشهور في منع المبلول بالمبلول، ويجاب بأن المشوي والقديد لا يؤول لحالة تبين اختلاف قدره؛ لأنه كذلك يؤكل، وغالب مبلول الحنطة أكله بعد يبسه فيؤول لحالة تبين اختلاف قدره.

الباجي: ما به التماثل: الكيل في الحبوب؛ لأنه نصه ﷺ في التمر والحبوب مثله في نصب الزكاة، وقدر زكاة الفطر والفدية وما لا قدر له في الشرع إن تقرر مقداره كيلًا أو وزنًا في كل بلد كالوزن في اللحم والجبن قدر به، وانظر ما اختلف فيه البلاد كالسمن واللبن والزيت والعسل في بعض البلاد مكيل، وفي بعضها موزون وما لا يتقرر فيه كيل ولا وزن؛ كالبيض والجوز على أنهما ربويان.

زاد ابن بشير ما اختلف فيه البلاد قدر بعادة بلده لا بغيره، إلا أن يعلم نسبته منه.

زاد ابن شاس: إن جرت عادة فيه بوجهين قدر بأحدهما أيهما كان.

قُلتُ: إن تساويا وإلا اعتبر الأكثر.

المازري: إنما يجوز بعض البيض ببعضه بشرط تحري المساواة، واتحاد قدره وإن اقتضى التحري مساواة بيضة لبيضتين، وشرط محمد في بيض النعام استثناء قشره؛ لأنه له ثمنًا ولم يشترطه غيره؛ لأنه رأى أن ثمنه غير مقصود أو؛ لأنه من مصلحته فأشبه النوى في التمر؛ لأنه من ضرورة ادخاره، وقال بعض الشافعية: لا يباع عسل بآخر حتى يصفيا من شمعهما؛ لأنه عرض يباع ولا يدخر غالبًا إلا مصفى.

ابن بشير: في الرجوع إلى التحري في البيض قولان:

قُلتُ: في كون مقابل التحري عنده وزنه، أوالوقف الذي تقدم للباجي نظر، وظاهر سماع عيسى رواية ابن القاسم، بعد هذا أن المعتبر فيه الوزن.

وفي اعتبار التحري في المساواة طرق:

المازري: اختلاف المذهب فيه خلاف في حال من ألغى غلطه لندوره عنده اعتبره، ومن عكس عكس.

ابن بشير: في اعتباره ثالثها في اليسير، وسمع ابن القاسم: لا تصلح قلة صير بقلة صير إلا بالتحري.

ابن رُشْد: لا يجوز بعضه ببعض إلا مثلًا بمثل وزنًا، أو تحريًا؛ لأن التحري فيما يوزن جائز، قيل ولو كثر ما لم يكثر جدًّا، وهو ظاهر هذا السماع، وقيل فيما قل فقط، وقاله ابن حبيب: ورواه، قيل ولو لم تدع له ضرورة، وهو ظاهر قولها: يجوز اللحم باللحم تحريًا، والسلم فيه تحريا، وقيل لا يجوز إلا عند عدم الميزان، وقيل ولو عدم إلا في طعام يخشى فساده إن ترك لوجود الميزان، وهذا في المبايعة والمبادلة، ولا يجوز في الاقتضاء، اتفاقًا إلا عند عدم الميزان، قاله سَحنون في نوازله.

قُلتُ: إن أراد قبل حلول الأجل فالظاهر منعه، ولو عدم الميزان، وإن أراد بعده فالظاهر جوازه؛ لأن كذبه فيه إنما يؤدي إلى حسن قضاء أو اقتضاء دخلا عليه.

وفي المبايعة يؤدي للربا فهو في الاقتضاء أجوز، وسمع سَحنون ابن القاسم في

جامع البيوع لمن أسلم في مائة طير لا تستحيي أخذ أقل عددًا من غير صنفها بقدر التي له تحريا.

ابن رُشْد: يريد بعد الأجل.

قُلتُ: عدم شرطه فقد الميزان أنه لعدم شرطه مطلقًا اختلاف قول ابن رُشْد وسَحنون، أو لأن تعذر وزن الطير كفقد الميزان، وظاهر لفظ المازري وابن بشير إطلاق الخلاف في المكيل والموزون، وسمع عيسى رواية ابن القاسم: بيع اللحم والخبز والبيض بعضه ببعض تحريًا أن يكون فيما يعطى مثل ما يأخذ مثلًا بمثل بلا كيل ولا وزن.

ابن القاسم: هذا إذا بلغه التحري ولم يكثر حتى لا يستطاع أن يتحرى، وكذا كل ما يباع وزنًا لا كيلًا هذا إذا يلغه التحري ولم، وما جاز فيه واحد باثنين من طعام أو غيره فلا بأس بقسمه تحريًا كان مكيلًا أو موزونًا أو لا يكال ولا يوزن.

ابن رُشْد: قول ابن القاسم إنما يجوز فيما لا يكثر حتى لا يستطاع أن يتحرى، تفسير لقول مالك، وكما يجوز بيع بعضه ببعض بالتحري يجوز قسمه بالتحري.

وقال ابن حبيب: لا يجوز، ومعناه، فيما كثر، وما يباع كيلًا لا وزنًا، مما لا يجوز فيه التفاضل لا يجوز بيع بعضه ببعض تحريًا، ولا قسمه تحريًا بلا خلاف.

وفي جواز التحري في البيع والقسم فيما يباع كيلًا، أو وزنًا، أو عددًا مما يجوز فيه التفاضل، ثالثها فيما يباع وزنًا كالفاكهة، أو جزافًا كالبقل لا فيما يباع كيلًا لقول ابن القاسم في هذا السماع مع مذهب أشهب. وابن حبيب،ولما في آخر ثالث سلمها مع دليل قولها في القسم: لا يجوز قسم البقل حتى يجذ ويباع، وابن عبدوس عن ابن القاسم مع ما وقع في بعض الكتب قولها في القسم: لا يجوز قسم البقل حتى يجذ أو يباع فعطف يباع بأو لا بالواو.

الباجي: المشهور جواز التحري في الموزون دون المكيل، والمعدود ورواه محمد وغيره وهذا عندي على القول إنه لا يجوز إلا في السفر وعدم الميزان، وعلى جواز ذلك مطلقًا، وهو الأظهر لتجويزه السلم في اللحم بالتحري فيجب جوازه في المكيل، والمكيال يعدم كما يعدم الميزان، والقبضة تتعذر فيها المساواة لتعذر بقائها على شكل واحد من القبض والبسط.

قال ابن القاسم: إنما يجوز التحري في القليل دون الكثير.

قُلتُ: كذا ذكره في ترجمة المزابنة، وظاهره أنه حمل قول ابن القاسم على الخلاف خلاف ما حمله عليه ابن رُشْد، وقال في ترجمة بيع اللحم باللحم: قال عبد الوهاب من أصحابنا: من أجاز التحري مطلقًا، دون تقييد بوزن وقيده بعضهم بعدم الموَّازين كالبادية والأسفار، وهذا في الموزون دون المكيل والمعدود.

قال ابن القاسم: هذا فيما يمكن تحريه لقلته لا فيما يتعذر تحريه لكثرته.

ابن شاس: إن فقد الميزان فيما يقدر بالوزن جاز فيه التحري إن قل، وقيل: لا يجوز كالكثير على المنصوص واستقرأ الباجي: جوازه في الكثير من جواز شاة بشاة مذبوحتين، وحكى بعض المتأخرين جواز التحري مطلقًا دون تقييد بوزن، ولا يسارة وهو بعيد جدًا.

قُلتُ: ففي جوازه ومنعه مطلقًا ثالثها في غير الكثير، ورابعها وخامسها وسادسها الثلاثة في الموزون فقط بتقييد الخامس بما لم يخش فساد الطعام، وسابعها يجوز في الموزون إن فقد الميزان، وقل، وثامنها ولو كثر لاختيار الباجي، ونقل ابن شاس، والتخريج في المكيل على مثله في الموزون، وابن رُشْد عن سماع ابن القاسم مع قول الباجي المشهور ونقل ابن رُشْد، ونقله عن رواية ابن حبيب، ونقل ابن شاس، ونقله عن تخريج الباجي مع ظاهر نقل ابن رُشْد وما منعت كثرته تحريه واضح.

وفي القمح بدقيقه طرق: الباجي، في منعه به، وجوازه متساويًا روايتان. قال بعض أصحابنا: هما قولان:

الأولى: لأنه كالزيت بالزيتون.

والثانية: للغو كثرة أجزاء المكيل، وقلتها كالتمر الكبير بصغيره، ورد المازري هذا التوجيه بأن ملء الصاع قمح أكثر منه دقيقًا فمساواتها كمساواة قدر من تمر لقدر من رطب.

الباجي: ورد بعضهم الجواز لرواية محمد يجوز كيلًا بالرزم لا وزنًا، ولا تحريًا وعكسه بعضهم.

قُلتُ: كذا وجدته رزمًا بالزاي بعد الراء، وتعقبه ابن عبد السلام بأن كيل الرزم

مكروه.

قُلتُ: إن أراد كراهة تنزيه فهو تمسك منه بظاهر سماع ابن القاسم: تركه أحب إليَّ وابن رُشْد حمله على الوجوب.

قُلتُ: ويحتمل كون اللفظة ردمًا بدال بعد الراء، والردم السد قاله الجوهري فيكون مطلق الصب.

اللخمي وابن زرقون عن ابن حبيب: روى ابن الماجِشُون: إنما يجوز فيما قل على وجه المعروف بين الرفقاء، وحكى أبو عمر عن ابن الماجِشُون، منعه مطلقًا، وقال هو مثل الرطب بالتمر، وعزا اللخمي جوازه وزنًا لا كيلًا لابن القُصَّار ولم يحك عكسه قال: ولا يصلح إلا على أن يقول المماثلة بين القمحين، تجوز بالكيل والوزن، فإذا جاز ذلك قبل الطحن جاز بعد طحن أحدهما إذ ليس فيه أكثر من تفرقة أجزائه، وإن قيل المماثلة بالكيل فقط لم يجز بعد طحن أحدهما بالوزن ولا بالكيل ولا يصح حمله على ما هما فيه سواء؛ لأن كلامهم في مطلق القمح لا في معينه، ويختلف في السميد بالدقيق كالقمح به وقبله المازري، ويرد بأن قرب أجزاء السميد بأجزاء الدقيق يمنع تخريج منعه، ويصير تخريج جوازه أحرويًا، وينبغي منع القمح بالسميد مطلقًا لفضل القمح بالريع والسميد بالجودة، وذكر المازري قول ابن القُصَّار عامًا: كل مكيل يجوز بعضه ببعض وزنًا قمحًا كان أو غيره قال: لأن قصد الشارع المساواة، وأنكره بعض الأشياخ، وقال: معروف المذهب غير هذا، ولا يجوز القمح بالقمح وزنًا؛ لأنها وإن تساويا وزنًا قد يختلفان كيلًا.

قُلتُ: وكان بعض شُيُوخنا يرده بقول صرفها لا يباع القمح وزنًا، وكنت أجيبه بأنه في البيع غرر؛ لأن المعروف فيه الكيل والموزون منه مجهول القدر فيؤدي إلى جهل قدر المبيع، وفي المبادلة بين القمحين إنما المقصود اتحاد قدر ما يأخذ لما يعطى، وهو حاصل في الوزن، ولذا أجازه اللخمي إذا كانت المماثلة تجوز بالكيل والوزن.

وفي عدم اعتبار عظم اللحمين في تحريمهما كالنوى في تمر بتمر، ووجوب تحريه أو نزعه، نقلا اللخمي عن ظاهر المذهب وابن شعبان قائلًا: الأول أحسن في شاة بشاة أو نصف بنصف وإن كثر عظم أحد اللحمين المقطعين؛ لم يجز إلا على وجه المكارمة والفضل.

قُلتُ: إن كان معتبرًا لم تجز المكارمة بتركه كالمكارمة بالتفاضل، وإن لم يكن معتبرًا فلا مكارمة، ورد المكارمة به للصفة لا للقدر بعيد لإمكان نزعه كما مر ولا شيء من الصفة يمكن نزعها. قال: وأجاز ابن القاسم، رأسًا برأسين وزنًا، ولا يجوز على قول ابن شعبان إلا بتحري اللحم ويعتبر ذلك في القسم ولجوازه تفضيل أحدهما الآخر فيه جاز أن يكون أحدهما مباينًا بالعظام ما لم يكن لحمه أحسن؛ لأن بعض مواضع الشاة أطيب لحمًا.

اللخمي: في جواز شاة بشاة مذبوحتين، ثالثها إن استثني جلداهما لابن القاسم فيها قائلًا: إن قدر على تحريمها، وأَصْبَغ قائلًا: لا يقدر عليه وفضل، وعزاه الصقلي لابن أبي زمنين، وزاد وهذا حيث يجوز استثناء الجلد، ورجح اللخمي الثاني بأنه دون استثناء لحم وعرض بمثلها، ومعه غرر؛ لأنه لحم ومغيب وتفاضل؛ لأن تحريمها لا يصدق، وعزا الباجي الثاني لسَحنون أيضًا، ورواية يحيى بن يحيى قال: وتعليل بعض أصحابنا بأنه لحم مغيب لا يصح؛ لأن الجلد لحم، ولأنه ريء بعضه من مذبحها.

قُلتُ: فيلزم جواز كل رطل بكذا، ونصها المنع، قال: وفي الواضحة جواز حي لا يقتنى من وحش وطير بمثله تحريًا مثلًا بمثل، وسمعه عيسى من ابن القاسم وكره في الموَّازيَّة ما لا يحيى من الطير بلحم تحريًا.

أصبغ: لأنه حي بعد، والأظهرأنه يريد؛ لأنه اللحم بالحيوان ويحتمل؛ لأنه لتعذر لحم الحي، وفي المعتبر في تماثل قدر الخبزين طرق:

في الموطأ: لا خير في الخبز قرصًا بقرصين ولا عظيم بصغير، وإن تحرى كونه مثلًا بمثل فلا بأس به، وإن لم يوزن؛ لأنه لو تحرى الدقيق لم يصلح وزن ما في القرصين من دقيق، ولو كثر القول بهذا في المذهب كان أصح، ولكن ظاهره تحري الدقيق.

وسمع أبو زيد ابن القاسم: لا خير في خبز شعير بخبز قمح رطلًا برطل؛ لأن الشعير أخف، ولا بأس به تحريًا لكيل دقيقيهما وكذا يابس الخبز برطبه.

ابن رُشْد: التحري في المكيل لا يجوز، وإنما أجازه في دقيق الأخباز لتعذر كيله كإجازته التمر المنثور بالمكتل تحريًا، وقوله في خبز شعير وقمح يريد والسلت وهو صحيح على معنى ما في المدَوَّنة.

وقال ابن دحون: المساواة في الخبز بالوزن؛ لأنه صار صنفًا على حدة فوجب لغو أصله، قال: ولو جاز ما قال لفسد أكثر البيوع، ولعمري أن لقوله وجهًا، وهو القياس على الأخلال والأنبذة، المراعى قدر العوضين لا ما دخل في كل منهما من تمر أو زبيب أو عنب، وعلى دقيق القمح بدقيق الشعير، المراعى قدرهما لا أصلهما، ومعلوم أن ريع الشعير لا يساوي ريع القمح، والحجة له بالأنبذة والأخلال أبين، لاختلافهما فيما يضاف إليهما من الماء والدقيق لم يضف إليه شيء وريعه بعضه قريب من بعض.

قُلتُ: هذا ينتج له العكس لتعذر تحري أصول الأنبذة، والخلول بما أضيف إليها بخلاف الدقيق، قال: وإن كانت أصول الأخباز جائز فيها التفاضل فالمماثلة في أخبازها بالوزن اتفاقًا.

ابن بشير: على أن الأخباز جنس في طلب التساوي في بدل بعضها ببعض بتحري دقيقها أو وزنها رواية المتقدمين، وقول الباجي ابن شاس: أجازوا الخبز بالخبز وهما مختلفا الرطوبة فذكر رواية المتقدمين. قال: قال بعض المتأخرين إنما يتحرى الدقيق في خبز ما يحرم فيه التفاضل، وما جاز فيه تحرية رطوبة خبزه، ثم ذكر قول الباجي، وقال المازري: يعتبر في الخبزين اتحاد أخذ النار منهما لتحصل الثقة بمماثلة وزن أحدهما وزن الآخر وإن كان أحدهما رطبًا والآخر يابسًا، فقيل يتحرى دقيقهما وحمل بعض الأشياخ المذهب فذكر ما ذكره ابن شاس عن بعض المتأخرين.

قُلتُ: وهو قول أبي حفص العطار، وتقدم حكاية ابن رُشْد الاتفاق عليه وظاهر لفظ ابن شاس، ونص ابن الحاجب: أنه مختلف فيه وهو بعيد أو ممتنع، ففي اعتبار التساوي فيه بالوزن أو تحري الدقيق، ثالثها إن اتحد طبخه وإلا فالتحري، ورابعها إن اختلف جنسها وإلا التحري للباجي ورواية المتقدمين والمازري وبعض المتأخرين.

والتفاضل التقديري لقصد يمكن مانع لو كان بعض أحد العوضين أجود من كل مقابله، وباقيه دونه منع اتفاقًا.

ابن زرقون: كمد سمراء ومد شعير بمد محمولة.

الباجي: إن كان العوض المختلف أفضل من المنفرد أو دونه كمد حنطة ومد شعير بمدي حنطة أجود مع الشعير، ففي إجازته قول محمد، والمشهور بناء على صحة قياسه

على الذهبين بذهب كذلك مراطلة، والفرق بصحة التقسيط في الطعام، وفرق اللخمي بصدق جودة الأجود في الذهب، وخلفها في الطعام بقول قائل في قمحين هما سواء، وأخذ أحدهما أجود، وآخر؛ بل هو أدنى ابن زرقون: ومنعه سَحنون فيها.

الباجي: في منع مد حنطة ومد دقيق أو مد حنطة ومد شعير بمثلهما المشهور مع رواية ابن القاسم وقول محمد.

قُلتُ: وهو خلاف قول ابن شاس.

قال بعض المتأخرين: لم يذكروا خلافًا في منع مد قمح ومد شعير، بمد قمح ومد شعير.

الصقلي وعبد الحق: من سأل رجلًا بدل طعام بأجود منه يدًا بيد، فإن كان على المعروف ليس شرط لازم إذا قال: نعم لزمه؛ لكن إذا شاء أتمه وإذا شاء رد ما أخذ فهو جائز، إن كان مثل الكيل يدًا بيد.

عبد الحق: انظر قوله: بدل الطعام والدينار الناقص بالوازن، وأخرجوه على البيع. والمعروف من الغرض وغيره الذي من أوجبه على نفسه لزمه ولم يجيزوه حتى يكون بالخيار في تمامه ورده ولا وجه له.

والنساء الحكمي مانع كالحسي، سمع عيسى ابن القاسم معها: لا تباع أرض فيها زرع صغير بطعام نقدًا.

ابن رُشْد: أجازه سَحنون على أصله في إجازته السيف المحلى، بالذهب بذهب إلى أجل إن كان الذهب الثلث فأقل، في إجازته بيع حائط فيه ثمر لم يبد صلاحه بطعام إلى أجل، وقاله ابن الماجِشُون، وهو القياس؛ لأنه إذا أجاز بيع الزرع وهو صغير بالعين مع الأرض لتبعيته لها، وكأنه لم يقع له حصة من الثمن جاز بيعه بطعام كذلك.

قُلتُ: ظاهره أن الجواز مقيد بالتبعية وهذا عن سَحنون صحيح كذا نقله اللخمي وغيره عنه، وفيه عن ابن الماجِشُون نظر لقول التونسي والصقلي في أكرية الدور أجاز عبد الملك بيع جنان وفيه ثمرة بقمح أو كتان آخر فيه ثمرة تخالفها؛ لأن كل ثمرة مقبوضة فكانا متناجزين ودليل قبضها لو اشترى ثمرة على البقاء، ثم اشترى الأصل وغفل عن ذلك حتى أزهت الثمرة كان على المشتري قيمة الثمرة يوم اشترى الأصول

لأنه بشراء الأصول صار قابضًا للثمرة، وصار النماء في ملكه.

وفي ثالث سلمها أكره ممن يبيع الزيت والخل بالحنطة كيلها ثم يدخل حانوته لإخراج ذلك وليدع الحنطة عند صاحبها، ثم يخرج ذلك فيأخذ ويعطي كالصرف، رجع أبو عمران عن تفرقته بين الحانوت الصغير والكبير إلى كونهما سواء.

قُلتُ: قد تقدم في يسير التفرقة في الصرف خلاف اللخمي إن كان أحد العوضين غائبًا قريبًا مجلسهما أحضر بفور ذلك أو قاما إليه تناجزاه بالحضرة لم يفسخ، ومضى مثله في الصرف.

في قسمها: لا خير في ثمرة طابت في شجرها بثمرة مخالفة لها يابسة أو في شجرها مزهية إلا أن يجدا ما في الشجرة قبل أن يفترقا، وإن جد أحدهما وتفرقا قبل جد الآخر لم يجز، وكذا لو اشترى ما في رؤوس النخل بحنطة دفعها، وتفرقا قبل الجد لم يجز، ومثله في ثالث سلمها.

عياض: غير ابن القاسم لا يشترط الجداد بحضورها حصلت في ضمانه.

اللخمي: إن كانت زهوًا أو رطبًا لم يجز إلا بجدها.

قال ابن القاسم: لأن فيها الجوائح، وإن كانت يابسة،والجد على المشتري أو على البائع على أن ضمانها من المشتري بالعقد جاز، وإن لم تجد بالحضرة وفيها: لا خير في فدان كراث بفدان كراث أو سريس أو خس حشي إلا أن يجدا قبل التفرق، ولا بأس ببيع حائط لا ثمر فيه بآخر مطلقًا، ما لم يستثن الثمرة غير المأبورة ربها فإن كان بكل منهما ثمر لم يؤبر لم يجز بحال لامتناع استثناء غير المأبورة، وإن أبرت إحداهما فقط جاز إن استثناها ربها، ولم يستثن للآخر ثمرتها، وإن أبرت جاز ما لم يشترط كل منهما ثمرة الآخر، وللخمي في القسم عن محمد بن مسلمة: لا بأس بنخل فيها ثمر لم يصلح، ولو أبر بطعام يريد، ولو كان لأجل يحبسه وغيره؛ لأن المقصود الأصول فقط. وفي عراياها لمن منح لبن غنم عام فأكثر، شراؤه بطعام مؤجل كشراء شاة لبون به ورده اللخمي بأن المبيع في المقيس طعام وفي المقيس عليه غيره، ثم أجراها على قول ابن القاسم وأَصْبَغ في منع صلح على الإنكار فاسد على دعوى المدعي دون المدعى عليه وجوازه.

قُلتُ: يرد بأن المدعى عليه جازم بنفي موجب الفساد، ومشتري الغنم

غير جازم به.

[النهي في المعاملات]

لاختلاف نقليهما: اللخمي: ورأى البغداديون تعليل النهي بالمزابنة، وقاله ابن القاسم في المدَوَّنة إلا أنه عمم البيع وإذا سلم أن المنع لأجل المزابنة جاز إن كان الحي مرادا للقنية.

ويجري فيها قول ثالث بالجواز إن علم الفضل بينهما لقول مالك في ثوب الصوف بالصوف والجلد بالأحدية.

قُلتُ: يرد بأن المزابنة إنما تعتبر في الجنس الواحد فدخولها في اللحم بالحيوان يصيرهما جنسًا واحدًا، وذلك برد الحي لجنس اللحم لأنه المناسب للمنع لا العكس؛ لأن حكمه الجواز وإذا كان كذلك لزم المنع، ولو بان الفضل؛ لأن الجنس حينئذ ربوي بخلاف الكتان والجلد، وقوله عن ابن القاسم: إذا سلم أن المنع لأجل المزابنة جاز إذا كان الحي مرادا للقنية مع نقله عنه أنه منعه جملة خلاف المنصوص في أصول الفقه وعلم النظر، أن المجتهد إذا عين علة حكم مع نصه على نفيه في صورة معينة فيها تلك العلة أنه لا يصح تخريج ذلك الحكم في تلك الصورة،؛ لأن دلالة لفظه على نفيه عنها نص خاص، ودلالة العلة كلفظ عام، والخاص مقدم على العام ومأكول اللحم مما يقتنى له حكم نفسه مطلقًا، وما لا يقتنى، وتقصر حياته كطير الماء في كونه مع طعام غير جنس لحمه أو مع حيه المقتنى كمقتنى أو كلحم نقل اللخمي عن أشهب ومالك مع الباجي عن ابن القاسم، ومع حي جنسه كحيٍّ لا يجوز له اتفاقًا دون تحر، وفيه تحريًا، ثالثها يكره للخمي عن محمد عن ابن القاسم، وعن إجازته في العتبيَّة طيرًا لا يستحيى بمثله تحريًا مع رواية محمد، الرجوع عن كراهة شارف النعم وكبيرها الذي للذبح بلحم لجوازه تحريًا، وابن القاسم ابن رُشْد: أشهب يراعي حياته فلا يجيزه بلحم صنفه بحال.

الباجي: في جوازه به تحريًا روايتان: الأولى بناء على ثلاثة أصول جواز بيعه باللحم وجواز التحري في العوضين من جنس واحد، وصحة التحري في الحي، وفي جوازه بمثله، ثالثها تحريًا للخمي عن أشهب ومالك وغيرهما، وفيه بمقتنى جنسه، نقل

اللخمي عن ابن القُصَّار، وعزا ابن رُشْد الأول لأشهب، وما تطول حياته كالشارف، في كونه مع طعام غير لحم جنسه ومع حيَّة المقتنى كمقتنى أو كلحم نقلا اللخمي عن أشهب مع أحد قولي مالك.

وثانيهما مع نقل ابن القاسم، وعزا الباجي الأول لأَصْبَغ كأشهب، ومع لحم جنسه كمقتنى ومع مثله في كونه كمقتنى بمثله تخريجًا اللخمي، على قول أشهب ومالك قائلًا: ويختلف عليه في جوازه تحريًا وهو مع ما لا تطول حياته على أحد قولي مالك حيوان بلحم وعلى الآخر في جوازه تحريًا خلاف، ويجوز على قول أشهب مطلقًا.

[باب الاقتناء في الحيوان]

والاقتناء: قال اللخمي والباجي: الاتخاذ للولادة واللبن والصوف والفحلة.

اللخمي، والشعر في التيس، وفي الاتخاذ لتزيد اللحم والسمن نقلاهما عن أَصْبَغ وابن القاسم.

اللخمي: كره ابن القاسم مرة خصي الكبش بطعام لأجل، وقال: لا يقتنى للفحلة، ثم قال: إن كانت فيه منفعة غير ذلك، فلا بأس به يريد إن رغب فيه لصوفه، وإن كان للحم فهو محل الخلاف، وروى العُتْبِيّ إن كان لا منفعة في التيس الخصي قائمة، ولا مؤخرة فهو مثل ذلك يريد. لا يجوز، وأرى جوازه؛ لأن العرب ترغب فيه لشعره، وغيرهم لزقه، وذكر الصقلي عن ابن القاسم في العتبيَّة في خصي الكبش، مثل ما تقدم قال عنه: والتيس لا يحل بطعام إلى أجل لا يقتنى لصوف إنما هو للذبح.

قُلتُ: هو في سماع عيسى بزيادة الجدي بلبن إلى أجل إن كان يستحيى فلا بأس به، وإلا فلا خير فيه.

ابن رُشْد: أشهب: يراعي الحياة في كل ذلك لا يجيز لحمًا منه بلحم صنفه بحال، ويجيز كل ذلك بعضه ببعض وبطعام بحي ما يقتنى، ولو متفاضلًا إلى أجل، وقاله ابن نافع.

قال محمد: بخلاف الشارف والكبير فكأنه ذهب إلى أن الشارف، والكبير له حكم اللحم عند جميعهم.

قلت لمالك: من أراد ذبح عناق كريمة أو حمام فاره أو دجاجة، فقيل له: خذ هذا الكبش أو الشارف، أو ما لا منفعة فيه إلا الذبح لا أحب شيئًا من هذا بلحم يدًا بيد ولا بطعام لأجل.

ابن القاسم: لأن الكبش لو استوفى كان فيه منفعة سوى اللحم.

قُلتُ: ظاهر قول مالك أن الاتخاذ لتزيد اللحم والسمن معتبر كقول أَصْبَغ وظاهر قول ابن القاسم خلافه كما مر له، وخصيان الدجاج المعلوفة كطير الماء الذي لا يحيى والتي لم تعلف كالمقتنى لتزيد لحمه.

اللخمي: وحشي ذوات الأربع والطير.

قال مالك: لا بأس بما يستحيى منه بحيتان لأجل.

ابن حبيب: الوحش لا يحيى حياة اقتناء وأرى أن يجوز؛ لأنه تطول حياته، ويراد للفراخ والولادة قنية اتفاقًا.

قُلتُ: في ثالث سلمها يجوز: لحم الأنعام والوحش والحوت بالطير الحي ولو لأجل في أوله: لمن أسلم في دجاج أو إوز أخذ حمام وشبهه من الداجن المربوب.

الشَّيخ في الموَّازية: كره أشهب الكبش بلحم مطبوخ لأجل، وأجازه ابن القاسم وهو أحب إلينا.

قُلتُ: في تعليقة التونسي كرهه أشهب، وهو قول ابن القاسم وغيره التونسي إنما أراد أشهب أنه يعطيه منه فكرهه ككتان في ثوب كتان وإلا فهما صنفان؛ لأن الطبخ أخرجه عن كونه لحمًا بحيوان فيجوز نقدًا اتفاقًا كلحم بمطبوخ نقدًا، ولما ذكر الباجي منع اللحم بالحيوان قال: هذا في اللحم النيء والمطبوخ.

قال محمد: كرهه أشهب، وأجازه ابن القاسم، وذكرهما ابن شاس، معبرًا عن الكراهة بالمنع. قال: بناء على اعتبار عموم الحديث واعتبار صيرورته بالطبخ جنسًا، فإن ... الأثقال، ففي جوازه ومنعه وكراهته رابعها يجوز نقدًا، ويكره لأجل، وعزوها واضح.

ومنها رواية مسلم عن ابن عمر قال: «**نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة**»، والمزابنة

بيع ثمر النخل بالتمر كيلًا، وبيع الزبيب بالعنب كيلًا، وعن كل ثمر بخرصه[1].

وفي رواية: بيع الزرع بالحنطة كيلًا، وهو متفق عليه.

[باب المزابنة]

المازري: المزابنة عندنا: بيع معلوم بمجهول أو مجهول بمجهول من جنس واحد فيهما[2]، وتبعه ابن الحاجب وقبلوه ويبطل عكسه ببيع الشيء بما يخرج منه حسبما يأتي إن شاء الله.

وتكون في الربوي وغيره، وسمع ابن القاسم: لا خير في شاة لبون بلبن لأجل أيهما عجل وبطعام لأجل غير اللبن لا بأس به.

سَحنون: الذي عرفنا من قول ابن القاسم غير مرة لا بأس باللبن بشاة لبون لأجل، ولم يختلف قوله في حرمتها بلبن لأجل، وقاله أصبغ.

ابن رُشْد: أصل هذا نهيه ﷺ عن المزابنة وهي في صنف واحد كون أحد العوضين

---

(1) أخرجه مسلم: رقم(1542) كتاب البيوع باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا.

(2) قال الرَّصاع: قال وتبعه ابن الحاجب وقبلوه. قال: ويبطل عكسه بيع الشيء بما يخرج منه المزابنة على حذف مضاف. أي: بيع المزابنة لمطابقته للحد وأصلها لغة المدافعة؛ لأن كلا من المتبايعين يدفع صاحبه ويغبنه والشَّيخ رحمه الله صير الحد المذكور غير منعكس، فإنها قد تكون في صنفين كما مضى عليه ابن رُشْد وغيره، فإنه قال: وهي قد تكون في صنف واحد ككون أحد العوضين جزافًا، وقد تكون في صنفين في الأجل كصوف في ثوب من صوف مؤخر، وفي ذلك تفصيل فيما يجوز منه وما لا يجوز انظره.

(فإن قلت): إذا لم يرتض الشَّيخ هذا الحد وكان غير منعكس فلم لم يذكر لها حدا.

(قُلتُ): يظهر أن حدها عنده بزيادة ما يجمع به رسمها بقوله: أو صنفين يخرج المؤخر منهما من المعجل فيضاف ذلك للرسم المذكور.

(فإن قلت): إذا تبين الفضل في بيع المعلوم بالمجهول من جنسه في غير الربوي فلا يكون ذلك من المزابنة كما نصوا عليه ومنهم الشَّيخ، ورسم المازري يصدق على ذلك أنه مزابنة، وقد نصوا على أنه تلغى تلك المزابنة.

(قُلتُ): لنا أن نلتزم صدق الحد على ذلك وأنه مزابنة؛ لكن أجازوا ذلك لذهاب المانع وهو الجهالة التي يدفع بها كل أحد صاحبه؛ لأنه إذا تحقق الفضل فلا جهالة في العقد وفيه بحث.

جزافًا لا يجوز ولو نقدًا، ولا تدخل في الصنفين إلا لأجل، فإن كان المعجل أصل المؤخر، ولا تمكن مقارنتهما في الوجود كصوف في ثوبه لم يجز اتفاقًا لأجل يمكن كونه منه فيه، وإن أمكنت، والمتولد موجود كاللبون بلبن والبيوضة، ببيض في جوازه مطلقًا، ثالثها إن كان المؤجل ما منه الآخر، ورابعها عكسه لسماع أبي زيد ابن القاسم مع سماعه عيسى في الدجاجة البياضة ببيض لأجل ولها مع ظاهر سماع ابن القاسم وله في هذا السماع مع سَحنون وابن حبيب ولأشهب، والأول أظهرها لاتفاقهم على جواز اللبون باللبن أو بطعام ولو لأجل، والثالث ضعيف في اللبون بلبن لامتناع دخوله المزابنة إذ لا يبقى اللبن للأجل دون تغير فإنما يعطيه عنده من لبن غيرها، وإنما لهذه التفرقة وجه في بيعها بجبن لأجل يمكن جمعه من لبنها فيه، ووجه الرابع أنها معجلة لبنها غير مقصود؛ لأنه تبع لها، وإن كانت المؤجلة علم قصدهما إياه إذ قد اشترطاه، وإن لم يكن المتولد موجودًا حين العقد كشاة لا لبن فيها بلبن لأجل يكون لها فيه، أو دجاجة ببيض أو ذباب نحل بعسل لأجل كذلك، في جواز ذلك، قولا ابن حبيب في جميعه مع سماع عيسى ابن القاسم، في الدجاجة لا بيض فيها ببيض لأجل وقولها: في كراء الدور في النخل لا ثمر فيها بثمر لأجل وقول ابن القاسم مع سماع عيسى روايته، وإن كان لأجل لا يكون لها فيه لبن ولا بيض ولا عسل جاز اتفاقًا، ولما ذكر اللخمي قول ابن حبيب في ذباب النحل قال: قال محمد عن ابن القاسم: لا تباع الخلايا بعسل ولو نقدًا، محمد ولو لم يكن فيها عسل، أَصْبَغ وإن لم يكن فيها جاز بيعها بطعام غير العسل نقدًا ولو لأجل لا يكون لها فيه عسل، وإلا فلا خير فيه إلا بعين أو عرض لا بعسل بحال.

اللخمي: إن كان بها عسل فاضل عن قوتها جازت بطعام نقدًا لا لأجل ولو بعسل ولو نقدًا، وإن لم يكن فيه فضل يخرج بيعها بطعام لأجل على بيع السيف ذي حلية فضة تبعًا له بفضة أو ذهب لأجل، في جوازه وفسخه ثالثها يكره وهو في النحل أجوز؛ لأنها تهلك إن قطع ويختلف في بيعها بعسل لأجل يصير فيه فضل عنها، وإن بيع النحل والخلايا بقرب ما رمى النحل فيها، ولم تعمل شيئًا أو عملت الشهد دون العسل جاز بيعها كالذباب قبل أن يعمل ذلك.

قُلتُ: والمؤجل الخارج بعضه من المعجل كالخارج كله، الشَّيخ عن محمد عن ابن

القاسم: لا خير في عصفر في ثوب معصفر لأجل وعكسه جائز.

ابن الحاج: لا يجوز سلم زيت في صابون؛ لأنه يخرج من الزيت فهو كمن أسلم طعامًا في طعام وعرض.

قُلتُ: دليله يوهم قصره على الربوي والتمسك بمسألة المعصفر أوضح. وقول اللخمي: إن كان فيها عسل فاضل عن قوتها جازت بطعام نقدا ظاهره من غير رعي التبعية.

وفي جواز الطعام بطعام من غير جنسه مع أحدهما عرض نقدًا ومنعه ثالثها بقيد التبعية كالصرف للخمي عن سلمها الأول قائلًا: وهو خلاف قول صرفها وبعض شُيُوخنا عن المذهب مفرقًا بينه وبين البيع والصرف بما تقدم فيه وتخريج اللخمي على قول صرفها مع ابن بشير، وابن محرز عن المذهب، وتعقب ابن بشير نقل اللخمي عن أول سلمها، الجواز مطلقًا، وقال هو هنا مجمل فسره في كتاب الصرف.

قُلتُ: نقل ابن محرز مسألة كتاب السلم مشبهة بمسألة البيع والصرف فقال: تشبيهه بالصرف يدل على اعتبار التبعية.

قُلتُ: وعلى هذا اختلفت فتوى شُيُوخنا في جواز شراء زيت بربع درهم وخبزة قيمتها ربع درهم نقدًا، وقال اللخمي: قال بعض شُيُوخنا: القياس إذا تناجزا في الطعامين جواز تأخير السلعة، وإن كثر أحد الطعامين وقل الآخر كالمد جاز تأخير الطعامين، وتعجيل الثوب كقوله إذا باع سلعة ودرهمين بدينار، وتبين الفضل في غير الربويين يلغي المزابنة.

والمعروف معتبر الصنعة في بعض جنس يصير باقيه كخلافه.

اللخمي: اختلف في بيع مصنوع بجنسه من كتان وقطن، وصوف وجلد بأحذية نقدًا، أجازه مالك في الكتان مطلقًا، وروى محمد كراهته في صوف بثوبه، وجلد بعشرة أحذية نقدًا.

قُلتُ: زاد عنه الشَّيخ وكذا الكرسف والكتان بغزلهما.

محمد: إن بان الفضل بينهما جاز.

ولعبد الحق عن سَحنون مثله في خز بثوبه.

وقال بعض شُيُوخنا القرويين: معناه في ثياب الخز والصوف الغلاظ لإمكان نفشها لا في رقيقها وفهمته عن الشَّيخ أبي الحسن.

قُلتُ: الأظهر أن صنعة الأحذية إن كانت بمجرد قطع الجلود على مقدار معين أنها لغو، وإن كانت مع خرز أنها معتبرة.

في الصحاح حذوت النعل بالنعل حذوا إذا قدرت كل واحدة على صاحبتها، وحذت الشفرة النعل قطعتها، ثم قال: والحذاء: النعل واحتذأ: انتعل.

الصقلي وعبد الحق عن ابن أبي زَمَنَيْن من أهل العلم من قال: نسج الغزل ليس بصنعة فيه، وقاله أشهب فلم يجز ثوبًا بغزل نقدًا للمزابنة إلا أن يتبين أن أحدهما أكثر غزلًا كالغزل بالكتان ويقويه قول مالك: من اشترى غزلًا فنسجه ثم فلس المبتاع فبائعه أحق به.

عبد الحق: وقول بعض الناس الجاري على قول ابن القاسم أن الغزل صنعة تبيح التفاضل بينه وبين الكتان ولو لأجل، لقول ابن القاسم بقيمته على مستهلكه ليس بشيء؛ لأن القيمة فيه لاختلافه بجودة البرم كالقيمة في جزاف الطعام قال: وروى محمد: لا بأس بثوب مروي بثوب مخيط، قيل كأنه قال: أعطني من الثوب قميصًا، وما زاد أو نقص فلك أو عليك، قال: إن أراد هذا فلا خير فيه كأنه ضمن له قميصًا طوله كذا من شقته، وفي أول سلمها لا خير في فلوس من نحاس بنحاس يدًا بيد؛ لأنه مزابنة إلا أن يبعد ما بينهما، وتكون الفلوس عددًا.

زاد في ثالث سلمها: لا بأس بنحاس بتور نحاس نقدًا.

ابن بشير: قال الأشياخ: القياس اعتبار صنعة الفلوس كالتور، ويمكن أن يفرق بيسارة صنعة الفلوس، وسمع ابن القاسم: لا خير في نحاس مكسور بفلوس هو مزابنة، ولا يجوز لمن اشترى تورًا بدرهمين ونصف يريد الوضوء به لا وجه النحاس أن يعطي في نصف الدرهم فلوسًا.

ابن رُشْد: هذا مثل قولها: لا خير فيه إلا أن يتبين الفضل بينهما ولا خلاف فيه. وفي جواز التور بالنحاس أو بفلوس ولو لأجل وقصر جوازه على النقدين ولو لم يبين الفضل، ثالثها: لا يجوز ولا نقدا يريد إلا أن يتبين الفضل لإحدى روايتي ابن

وَهْب،وظاهر جعلها إياه كالصوف بثوبه والكتان بثوبه، فقال: لا بأس به نقدًا ولا بأس بالتور النحاس بالنحاس نقدًا، وإليه رجع مالك في رواية ابن وَهْب، ولهذا السماع، وعليه حمل التونسي قول ابن القاسم فيها، وأخذ بعضهم من هذا السماع: أنه لا يجوز، وإن بان الفضل؛ لأنه منع إعطاء نصف الدرهم فلوسًا مع تيقن أن نحاس التور أكثر غير صحيح؛ لأن التور مفضوض على قيمة الدرهمين، ونصف الدرهم من الفلوس ولا يدرى مناب الفلوس منه أأقل أو أكثر فوجب منعه، ولو أخذ في جميع الدرهمين ونصف، فلوسًا لا يشك أنها أكثر من التور، أو أقل لجاز، وهذا الخلاف موجود أيضًا في الصوف بثوبه، والكتان بثوبه، وروى أَصْبَغ لا يجوز نقدًا، ولا مؤجلًا أيهما عجل ورجع ابن القاسم عنه لجوازه إن كان الثوب معجلًا.

ومصنوع بمصنوع من النحاس أو منسوج بمنسوج من الصوف أو الكتان أو الكرسف جائز اتفاقًا نقدًا، ولو لم يبين الفضل، وتعقبه التونسي بقوله: لا فرق في القياس بين مصنوع بمصنوع أو مصنوع بغير مصنوع؛ لأن الصنعة إن لم تؤثر في أحد الجانبين لم تؤثر فيهما فانظره.

قُلتُ: قد يفرق بطول أحد الصنعتين كما مر في الفلوس، وفي ثالث سلمها كل شيء يجوز فيه واحد باثنين من صنفه، فلا يجوز فيه الجزاف، بينهما لا منهما ولا من أحدهما؛ لأنه مزابنة، ولو كان ترابًا إلا أن يبين الفضل بينهما بكثير.

وسمع أبو زيد ابن القاسم لا بأس أن يأخذ عن وزن صوف معلوم قدره تحريًا لا يخطئ إلا برطل ونحوه، وإن لم يعلم إلا بتغابن كثير فلا خير فيه.

ابن رُشْد: هذا كسماعه عيسى في السلم والآجال كل صنف من طعام أو غيره يجوز فيه واحد باثنين من صنفه فلا بأس بقسمه تحريًا كان مكيلًا أو موزونًا أو لا، وخلاف قولها: كل شيء يجوز فيه واحد باثنين إلى آخرها.

وقال ابن دحون في سماع أبي زيد في الصوف: هو خلاف أصل مالك وأصحابه في أن الصنف الجائز فيه التفاضل لا يجوز بعضه ببعض إلا بتبين الفضل وظهوره، وأما بالتحري فمزابنة تعويل على قولها: وهو أصل مختلف فيه، وقصر المدة المانع من سبب

المزابنة يلغيها كما مر في سماع ابن القاسم لابن رُشْد.

وفي ثالث سلمها: لا خير في شعير نقدًا في قصيل لأجل إلا لأجل لا يصير الشعير فيه قصيلًا ويكون مضمونًا بصفته.

ابن شاس: ونهى عن بيع الكالئ بالكالئ.

قُلتُ: وذكر عبد الرزاق قال: أخبرنا الأسلمي قال: حدثنا عبد الله بن دينار عن ابن عمر قال: نهى رسول الله ﷺ عن الكالئ بالكالئ وهو الدين بالدين.

عبد الحق: الأسلمي: هو إبراهيم بن محمد بن أبي يحيى وهو متروك كان يرمي بالكذب.

قُلتُ: ولم يتعقبه ابن القطان، وفي مختصر من كتاب المزي في رجال الكتب الستة: إبراهيم بن محمد بن أبي يحيي المدني، واه روى عن الزهري،وصالح مولى التوأمة وطائفة، روى عنه الشافعي ويحيى بن آدم وروى عنه من شُيُوخه يزيد بن الهادي وخلق آخرهم: ابن عرفة، قال البخاري: جهمي، وتركه ابن المبارك والناس، وقال أحمد: قدري معتزلي جهمي، وقال يحيى القطان: كذاب، قال المزي: خرج له ابن ماجة.

قُلتُ: ولم يذكره ابن عدي في كتابه المسمى بالكامل في الضعفاء والمتروكين واقتصار ابن عبد السلام على كلام عبد الحق يقضي هذا الحكم العام عن ذكر دليله.

قُلتُ: ودليله الحديث المذكور وتلقي الأئمة له بالقبول يغني عن طلب الإسناد فيه كما قالوا في حديث: **«لا وصيَّة لوارث»**[1] وممن تلقاه بالقبول.

ابن المنذر: في كتاب السنن له قال فيه: **جاء الحديث «عن النبي ﷺ أنه نهى عن الكالئ بالكالئ»**[2]، وحديث عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ قال: **«لا يحل سلف**

---

(1) أخرجه أبو داود: رقم (2870) في الوصايا، باب ما جاء في الوصيَّة للوارث والترمذي: رقم (2122) في الوصايا، باب ما جاء لا وصيَّة لوارث، والنسائي: 6/247 في الوصايا، باب إبطال الوصيَّة للوارث.

(2) أخرجه الحاكم: رقم(2342)، في كتاب البيوع، والدارقطني: رقم(269) في كتاب البيوع.

ولا بيع ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك»[1] أخرجه الترمذي وصححه.

وتخصيصه بالسلم والبيع إلى أجل لا يمنع التمسك به لما تقرر في العام المخصوص والإجماع.

قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن بيع الدين بالدين لا يجوز.

[باب الكالئ بالكالئ]

وحقيقته: بيع شيء في ذمة بشيء في ذمة أخرى غير سابق تقرر أحدهما على الآخر[2]، وهو معنى قولهم: ابتداء الدين بالدين وهو ملزوم لتعدد الذمة ووجهه

---

(1) أخرجه النسائي: 7/288 و295 في البيوع، باب سلف وبيع، وباب شرطان في بيع، وباب بيع ما ليس عند البائع، والترمذي رقم (1234) في البيوع، باب كراهية بيع ما ليس عندك، وأبو داود: رقم (3405) في الإجارة، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، وابن ماجه: رقم (2188) في التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك.

(2) قال الرَّصاع: هو معنى قولهم ابتداء الدين بالدين وهو ملزوم لتعدد الذمة، ثم قال ﷺ: ووجهه كصريحه كوجه الظهار والتفليس لا كوجه الشغار.

(قُلتُ): رسمه الدين بالدين أشكل علي فهمه؛ لأنه رسما يصدق على ابتداء الدين بالدين، وقد علم أن الأقسام ثلاثة ابتداء الدين بالدين وهو أخفها ثم بيع الدين بالدين ثم فسخ الدين في الدين فتأمل ذلك، وقد توقفنا في الفهم عنه ﷺ ولا بد في تفسير كلامه أن نقول الذي وقع كثيرا من أهل المذهب أن الحقائق هنا ثلاث ابتداء الدين بالدين، وبيع الدين بالدين، وفسخ الدين في الدين فالأول أخفها والثاني يليه والثالث أقواها والأول يستلزم عمارة ذمتين وقعت عمارتها في زمن واحد والثاني يستلزم ذمتين وقعت عمارة إحدى الذمتين على الأخرى والثالث يستدعي عمارة ذمة واحدة بدين فسخ فيه الدين السابق.

قال الشَّيخ: في الحد المذكور ما ذكر فيه إن قصد به حد الحقيقة الأولى صح ذلك فيهما والحد الثاني المرتب على الأول لا يصح أن يكون حدا للقسم الثالث لورود الثاني عليه في طرده ولا يصح أن يكون حدا للثاني لورود الثالث عليه.

وقد أشكل ذلك علينا في فهمه كما أشكل أيضًا ما نقله عن ابن المنذر وظاهره أن بيع الدين بالدين يدخل تحت الرسم المذكور ولا يصح أن يكون الرسم المذكور نقله عن ابن المنذر وارتضاه كما ترى ما يورد عليه وبالجملة فهو كلام يحتاج إلى الفهم عنه والمظن به أنه إمام لا يطلع على غور كلامه إلا من

كصريحه كوجه الظهار والتفليس وغيرهما لا كوجه الشغار لا يجوز شراؤك سلعة بعتها بثمن إلى أجل قبل حلوله بثمن إلى أجل.

وفيها: وهو دين بدين، وفي موضع آخر من وجه الدين بالدين، وما تقدم فيه تقرر الدين يسمى فسخ دين في دين.

وقول ابن الحاجب: حقيقة بيع الكالئ بالكالئ بيع ما في الذمة بشيء مؤخر، وكذلك بيعه بمنافع، وقيل إلا منافع عين يتعقب بأنه إن أراد الأول وحده أو مع الثاني بطل بقوله: وكذلك بيعه بمنافع، وقيل إلا منافع عين لدخول منافع العين في الأول، فتمنع، والحكم الجواز اتفاقًا، وإن أراد بالكالئ الثاني فقط أخل بأصل لا ينبغي ترك ذكره والثاني لا يستلزمه؛ لأنه أشد منه في المنع ولا تستلزم حرمة إلا حرم الحرام.

وبيع دين على حي بمضمون حرام مطلقًا كربا الجاهلية، فسخ دين في أكثر منه من الدين صح منع ابن القاسم فيها، قال: اللخمي ثلاثة منعه مالك وابن القاسم حل الأجل أم لا؟ وأجازه أشهب، وروى محمد لا خير في استعمال رجل بدين عليه قبل حلوله لخوف غيبته، أو مرضه فيتأخر لأجل آخر فصار دينًا في دين.

اللخمي: المنع فيما العمل فيه أو بعضه بعد حلول أجل الدين أصوب؛ لأن ثمن ما

وفقه الله ومعنى ما أشار إليه من وجه الظهار والتفليس والله أعلم أن بيع الدين بالدين قد يكون صريحا كما إذا باع دينا قد تقرر في ذمة بدين، وقد يكون فيه تحيل كما إذا باع سلعة بثمن إلى أجل ثم اشترى السلعة بثمن إلى أجل قبل حلول الأجل فهذا لم يقصد فيه إلى بيع الدين بالدين؛ لكن آل أمره إلى تهمة ذلك فلذا قال في المدَوَّنة: مرة أنه دين بدين ومرة من وجه الدين بالدين والحكم فيهما واحد في هذا الباب وذلك بخلاف وجه الشغار وصريحه على ما هو معلوم هنالك، ولذا أشار المغربي في وجه الشغار بقوله: صير وجه الدين بالدين كصريحه ولم يصير وجه الشغار كصريحه وما ذكر فيه نظر على ما قررناه أولا من الفرق بين بيع الدين بالدين وابتداء الدين بالدين مع ما ذكره من الوجه في هذه الصورة وذكر الشَّيخ: أن وجه الظهار وصريحه في بابه واحد ولم يظهر لنا وجه الظهار إلا في كنايته.

وأشكل ذلك علينا في اختلاف الحكم؛ لأنه يصدق في الوجه إذا ادعى الطلاق فتأمله وأما صريح التفليس ووجه التفليس فلعله أراد: بالصريح إذا كان بحكم حاكم وأراد بوجه التفليس فيما لم يحل إذا فلس فيما قد حل والله أعلم وبه التوفيق.

يتأخر أقل من ثمن ما يتعجل فيدخله تقضي أو تربي، وما لا يتأخر العمل فيه عن حلول الدين جائز؛ لأنتفاء علة المنع، ولا يدخله علة مالك في المرض؛ لأنه هنا إن مرض انفسخ من الإجارة بقدر ما بقي من الأمد، وهو في هذا الخلاف مقاطعته على خياطة أثواب وشبهها لا يجوز إلا فيما قل؛ لأن المقاطعة لا تتعلق بوقت فتدخل علة مالك في المرض، وفي بيعه بثمرة يتأخر جدادها منع ابن القاسم فيها، وأجازه أشهب.

اللخمي: استثقله مالك في الواضحة وهو قوله في المَدَوَّنة؛ لأنه قال: وإنه لتقرب أشياء ينهى عنها يريد أنه ليس بالحرام البين، وعلى رواية محمد إن لم يتأخر جدها عن حلول الأجل جاز، وإلا منع.

وفي البيوع الفاسدة منها: يجوز اكتراء دار بدين يبقى عليك لا بدين لك عليه وتعقب بأن منفعة المعين إن كانت كمعين جازت، وإن كانت كمضمون منعتا، وفي بيعه منه بدار غائبة، منع.

ابن القاسم: فيها وأجازه أشهب، وعلل اللخمي المنع بأن ثمنها حاضرة أكثر من ثمنها غائبة فما بينهما ترك لمكان التأخير، قال: وعلى القول الآخر إن لم يتأخر قبضه إياها عن حلول الأجل جاز وإلا منع.

قُلتُ: والمعتبر في تأخير القبض عن الأجل وعدمه، مقتضى العادة لا الفعل فلو قدر الفعل مخالف العادة اعتبرت دونه إجازة، ومنعًا؛ لأنها مؤثرة في العقد، وفي منعه منه بجارية تتواضع أو شيء بخيار قول ابن القاسم فيها، ونقل الصقلي عن أشهب مع محمد بن مسلمة في الجميع، وذكر الباجي قول أشهب أيضًا رواية له، وثالثها للخمي: إن تأخرت الحيضة وأمد الخيار عن حلول الدين.

في بيوع الآجال منها بعد ذكر ما ذكر لابن القاسم منعه ولو بعت دينك من غير غريمك بما ذكرنا جاز، وليس كغريمك؛ لأنك انتفعت بتأخيره في ثمن ما فسخته فيه، عليه بخلاف الأجنبي مع أنه لا يجوز في خيار أو مواضعة أو شراء غائب تعجيل النقد بشرط اللخمي: اختلف في بيع دين من أجنبي بمنافع عبد أو دابة، وله في كتاب الحوالة في جواز كراء دار بدين على آخر ومنعه مطلقًا، ثالثها إن شرع في السكنى لقولها في بيوع الآجال، ورواية محمد، وقولها في الحوالة قال: وروى ابن القاسم من استأجر أجيرًا سنة

بدين له على آخر لا خير فيه، وأخبرني بعض أصحابنا أنه أجازه فسألته فقال: لا خير فيه، وبيعه من المدين بمعين معجل جائز، والتأخير غير اليسير بشرط مبطل، وفي اليسير اضطراب في أول ثالث سلمها إن بعت من رجل ما أسلمت فيه، مما يجوز بيعه لم يجز أن تؤخر المبتاع بالثمن يومًا أو ساعة بشرط أو بغير شرط؛ لأنه دين بدين، ولا تفارقه حتى تقبض الثمن كالصرف.

وفي أول بيوع الآجال منها كل شيء لك على غريم حل أو لم يحل فلا تبعه منه بشيء تؤخره إلا أن ينقدك يدا بيد كالصرف لا تؤخره يومًا ولا ساعة.

قُلتُ: ولم يذكرها البرادعي، وفي آخره، ومن بعته طعامًا لك عليه من قرض حل بدنانير حالة لم يجز أن تفارقه حتى تنتقد إلا مثل أن تذهب معه إلى السوق أو يأتيك بها من البيت، فأما أن تصير تطلبه بها فلا يجوز؛ لأنه فسخ دين في دين.

وفي أوائل البيوع الفاسدة منها كل دين لك على رجل من بيع أو قرض لا تفسخه عليه إلا فيما تتعجله، فإن أخذت به منه قبل الأجل، أو بعده سلعة معينة فلا تفارقه حتى تقبضها فإن أخرتها لم يجز.

وفي صلحها: وإن بعت من رجل طعامًا لك عليه من قرض فلا تؤخره بثمنه، وإن تأخر ذلك أو بعضه حتى فارقك لم يجز، وترد ما قبضت، ويبقى الطعام بحاله ولا يجوز من ذلك حصة النقد إلا أن يقرب افتراقكما مثل أن تذهب معه إلى السوق أو البيت فينقدك.

وفي آخر بيوع الآجال منها أيضًا إن ابتاع بدراهم إلى أجل وحل سلعة بعينها حاضرة رضيها، ثم قام فدخل بيته قبل قبضها جاز ويقبضها إذا خرج إذا لم يكن لبائعها منعه من قبضها، إنما هو رجل ترك سلعته وقام عنها ابن محرز: قالوا: إنما جاز ذلك؛ لأن السلعة حاضرة في ضمان المشتري بالعقد، فهي كمقبوضة، بخلاف مسألة البيوع الفاسدة، السلعة فيها معينة غير حاضرة لم يجز بيعها لما لم يضمنها.

ابن محرز: لا يصلح هذا على قول ابن القاسم بمنع أخذ دار غائبة من دين وإن كان في ضمان مشتريها، وإنما أجاز مسألة بيوع الآجال لقرب قبضها، ومجمل مسألة البيوع الفاسدة بعد قبضها؛ لأنه أطلق ذكر المفارقة فيها.

وقال يحيى فيها: قد جوز هذا أول الكتاب وتلك خير من هذه وأشهب يجيزها أيضًا معه، فحمل المسألة على قولين، وذكر عياض في ثاني مسألة من بيوع الآجال رواية زعم أن مقتضاها شرط الجواز بعدم مطلق المفارقة، ورواية زعم أن مقتضاها اغتفار مفارقته ليأتي بها عن قرب، وأكده بقولها في مسألة ابن محرز، وعزا القول الذي تعقبه ابن محرز إلى فضل وابن أبي زَمَنَيْن والأندلسيين، وعزا ما اختاره ابن محرز للقرويين قائلًا: وخطأوا تأويل الأندلسيين بأن ما سقط الضمان هنا لا يتنزل منزلة القبض، بدليل منع أخذ عقار غائب عن دين وإن دخل في ضمانه بالعقد، وقال التونسي: إنما يمتنع أخذ عقار غائب عن دين إذا أخذ على صفة أو تذريع إذ لا تدخل في ضمانه إلا بعد وجودهما على الصفة أو القبض، وإن كانت على رؤية تقدمت فهو قبض ناجز كالنقد، وسمع أشهب نحوه في العتبية.

قُلتُ: فعلى تأويل التونسي يبطل، تعقب ابن محرز على الأندلسيين ويتم تأويلها، وما تقدم للخمي من تعليل منع أخذ الربع الغائب عن دين بأن ثمن الشيء حاضرا أكثر من ثمنه غائبًا، فبطل تأويل التونسي فتأمله، وسمع سَحنون أشهب في كتاب السلم: إن أتى من أقيل من سلم حل برأس ماله، ومن أقيل من طعام ابتاعه بثمن إلى أجل حل فلم يدفعا ما أقيلا به حتى طال ذلك، وتباعد بشهر ونحوه، إقالتهما جائزة، وإن طال ما لم يكونا أضمرا ذلك فتبطل الإقالة ويبقى على كل منهما ما كان عليه.

ابن رُشْد: قول أشهب: هذا خلاف قول ابن القاسم وروايته في ثالث سلمها، وهو أظهر؛ لأنه ﷺ نهى عن الدين بالدين، وعن بيع الطعام قبل استيفائه، كما نهى عن التأخير في الصرف، وأجمعوا على منع التأخير في الصرف، ولو بغير شرط فوجب رد ما اختلف فيه إليه. وفي بيوع الآجال منها إن أخذت بدينك طعامًا كثر كيله فذهبت بعد وجوب بيعه لتأتي بدواب تحمله أو تكتري له منزلًا أو سفنًا، وذلك يتأخر اليوم واليومين أو غابت الشمس قبل تمام كيله فتأخر لغد فلا بأس به، وهو خفيف.

والتهمة على الكالئ بالكالئ المشهور اعتبارها في صرفها من أسلفني دراهم فاشتريت بها منه مكاني حنطة أو ثيابًا إن كان السلف لأجل، جاز ذلك على النقد، وإن كان حالًا جاز ذلك يدًا بيد. عياض، وفي الأصل أو لأجل، وهذا الحرف موقوف في

كتاب ابن عتاب، وقال أبو محمد: يريد لأجل كأجل السلم، وقال سَحنون، هو حرف سوء، وأمر بطرحه.

ابن وضاح: هو لأشهب أدخلها سَحنون، وهو يجيز ذلك لا عن مالك، وقال فضل: قرأه لنا يحيى وطرحه سَحنون؛ لأنه رد عليه سلفه وأسلم عينًا في ذمة في طعام لأجل، وهو الدين بالدين وبه علل مالك المسألة ومنعها في المبسوطة، وقال: الخلاف في اللفظة على الخلاف في العارية الحالة هل توجب قدرا للنفع بها أو لًا؟ وكذا السلف الحال، وقوله هنا يدل على ثبوت الأجل له بقدر ما يرى أن المسلف أراد منفعته به، التونسي إن أقرضه دراهم حالة فاشترى بها منه سلعة موصوفة الأجل أو معينة نقدًا أو أقرضه الدراهم لثلاثة أيام فاشترى لها منه سلعة موصوفة لشهر جاز الجميع، ولو أقرضه الدراهم لعشرة أيام فاشترى بها منه سلعة موصوفة لم يجز؛ لأنه دين بدين، ولو أقرضه سلعة فباعها منه بدراهم نقدًا أو لأجل لم يجز إلا أن يكون عنده مثل تلك السلعة.

قُلتُ: ظاهر المذهب في منع السلم الحال منعه، ولو كان المثل عنده، وإنما يصح قول التونسي على صحة تأويل بعض الشُيُوخ ما وقع في المدَوَّنة مما يدل على السلم الحال، بكون المثل حاضرًا عند البائع، قال: ولو كان قرض السلعة لشهر جاز بيعها من مقرضها بثمن نقدًا، أو بدراهم إلى ثلاثة أيام، ولو كانت إلى عشرة أيام لم يجز؛ لأنه دين بدين.

والتهمة على فسخ الدين في الدين معتبرة في صرفها إن قبضت من غريمك دينًا فلا تعده إليه مكانك سلمًا في شيء، ولو أسلمت إليه دنانير ثم قضاكها بحدثان ذلك من دين لك عليه بغير شرط لم يجز، ويكره ذلك كله بحدثانه. وفيها مع غيرها جواز بيع الدين من غير المدين إن كان حاضرًا مقرًا فإن كان منكرًا أو بعيد الغيبة بحيث يجهل ملاؤه من عدمه لم يجز، وفي قريب الغيبة بحيث يعلم ملاؤه من عدمه ولم ينكر المشهور وقول محمد.

اللخمي: لا أرى أن يجوز ولو قربت غيبته، والدين ببينة، إلا أن يشهد أنه كان مقرًا حين غيبته، فإن كان منكرًا لم يجز، ولو كانت عليه بينة؛ لأنه بيع ما فيه خصومة، وقد تكون للغائب بينة بالقضاء أو يجرح شهود الدين.

قُلتُ: وقد يجرح شهود الإقرار إلا أن يكونوا غير شهود الدين، ومفهوما قوله: أولًا وثانيًا متعارضان فيمن لم يعلم منه إقرار، ولا إنكار، ولموسى بن معاوية عن ابن

القاسم، في كتاب المدبر مثل قول محمد.

ابن رُشْد: هذا خلاف المعروف من قوله: إنه لا يجوز إلا وهو حاضر مقر ولم يشترط إقراره في شراء الكفيل ما على مكفوله فقيل اختلاف، وقيل يريد أنه مقر.

في ثاني سلمها من باع من كفيل له بثياب موصوفة لأجل ما تكفل له به بما يحل، وحتى لا يكون للكفيل على الغريم إلا ما عليه وهو حاضر فلا بأس به.

عياض: كذا في كتابي، وعليه اختصره ابن أبي زمنين، وغير واحد واختصره أبو محمد وغيره بزيادة مقر، وكذا في رواية العسال، وفي كتابي في القسمة والصلح، وقال اللؤلؤي: لا حاجة لهذه اللفظة في شراء الحميل؛ لأنه في غير خوف إنكاره فيؤدي للخصومة، والكفيل غريم أقر أو أنكر، وصوب غيره إثبات إقراره؛ لأن إنكاره يؤدي للخصومة.

قُلتُ: إن قلت مقتضى قول اللؤلؤي، نفي الخصومة في شراء الكفيل ونص غيره إثباتها، وأهمل عياض بيان الصواب منهما كما هو.

قُلتُ: المنفي في قول اللؤلؤي الخصومة بين البائع والكفيل، والثابتة في قول غيره بين الكفيل والغريم فلا تناقض راعى اللؤلؤي مقتضى اتفاق رب الدين والكفيل على حقية المبيع مع كون الكفيل كالغريم، وراعى غيره ظاهر الأمر حين الكفيل والغريم، قال عياض، وقال بعضهم: إنما يشترط حضور الغريم قبل حلول الدين لا بعده؛ لأن الكفيل مطلوب بما تكفل به، وفيه نزاع بين المتأخرين ومنهم من منعه إن غاب بكل حال.

الباجي: لا يجوز شراء دين على غائب لا بينة عليه اتفاقًا؛ لأنه غرر، كالآبق ابن زرقون: ظاهر قول أَصْبَغ في العتبيَّة جوازه.

ابن رُشْد: وجهه حمل الأمر على الصحة من أن البائع صدق، فلا يلتفت لما يطرأ.

الباجي: فإن كان عليه بينة عدول، فروى داود بن سعيد إن علم حياة المدين فلا بأس به، ولعيسى عن ابن القاسم لا أحبه إلا أن يجمع بينه، وبينه.

ابن رُشْد: لو اشتراه على أنه إن أنكره رد إليه البائع ثمنه منع، ولو قال المبتاع: أعلم

وجوبه لك عليه وإقراره به جاز اتفاقًا فيهما.

وفي بيع شرائه الكفيل بأكثر من رأس ماله كالغريم، وجوازه كالأجنبي قول محمد، ونقل عبد الحق عن بعض القرويين محتجًا بأن الدافع إنما أخذ أزيد مما دفع من غير من دفع إليه أولًا، وقيد اللخمي قول محمد بكون الحمالة كانت في العقد شرطًا قال: وقد قال ابن القاسم فيمن أسلم لرجلين بعضهما حميل عن بعض: لا يجوز أن يقيل أحدهما، فجعل إقالة أحدهما سلفًا.

قُلتُ: قد يفرق ببقاء أحكام إلا الحمالة بين رب الدين والحميل المقال وانتفائها في شراء الكفيل فما حكم للكفيل بكونه كالغريم إلا بالمجموع المركب من الحمالة وبقاء حكم طلبها، وهو في البيع منتف، وفي أول ثالث سلمها ما انتقدت من ثمن دين بعته ثم فلس المدين فلا رجوع لمبتاعه عليك، ولك محاصة غرمائه.

عبد الحق عن بعض القرويين: وكذا لو لم ينتقد إذ ليس للمبتاع حبس الثمن حتى يقبض ما ابتاع كماله ذلك في السلعة.

قُلتُ: ظاهرها، ولو علم البائع فلس المدين وجهله مبتاعه كقول مساقاتها من ابتاع سلعة لأجل، وهو مفلس جهل البائع فلسه لا حجة له بخلاف قول حوالتها إن غر المحيل المحال بفلس المحال عليه بطلت حوالته؛ لأن البيع مكايسة، والمبتاع مفرط، والحوالة معروف يعذر المحال بجهله ما علمه المحيل.

والمذهب منع بيع الدين على ميت مطلقًا، وحكى ابن رُشْد الإجماع عليه بلفظ: لا أعلم فيه خلافًا، وعد الحافظ أبو الحسن ابن القطان في مصنفه في الإجماع مثل هذا اللفظ إجماعًا، وأطنب مالك في الموطأ في تعليله بالغرر، وقول اللخمي، يجوز شراؤها على الميت إذا كان ظاهر اليسار غير معروف بالمداينة، وقد فرق ابن القاسم في قسم ماله بين الغرماء، بين من هو معروف بالدين وغيره يرد بالإجماع إذ ناقله ثقة عدل، وبأن قياسه على القسم واضح الفساد؛ لأن القسم واجب والبيع غير واجب إجماعًا، وبأن القسم قضاء لعين ما في الذمة لا إنشاء عقد والبيع عقد إنشاء.

روى مسلم بسنده عن أبي هريرة قال: **«نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة، وعن**

بيع الغرر»[1]، وفي الموطأ من مراسيل ابن المسيب أن رسول الله ﷺ: «نهى عن بيع الغرر»[2].

[باب في الغرر]

المازري الغرر ما تردد بين السلامة والعطب.

قُلتُ: يريد ذو الغرر أو صفة ما تردد[3]، ويرد بعدم انعكاسه لخروج غرر فاسد

---

(1) أخرجه مسلم: رقم (1513) في البيوع، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر، والترمذي رقم (1230) في البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع الغرر، وأبو داود: رقم (3376) في البيوع، باب بيع الغرر، والنسائي: 262/7 في البيوع، باب بيع الحصاة، وأخرجه ابن ماجة في التجارات: رقم (2194)، باب النهي عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر.

(2) أخرجه مالك: 664/2 في البيوع، باب بيع الغرر.

(3) قال الرَّصاع: قال الشَّيخ ﵀: يريد: ذو الغرر أو صفة ما تردد أشار بذلك إلى أن الكلام إن بقي من غير حذف فلا يصح تفسيره بما تردد؛ لأن الجنس ليس من مقولة المحدود فلا بد من حذف إما من الحد وإما من المحدود وهذا على الخلاف بين أهل العربية في مثل قوله تعالى: ﴿ٱلْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَٰتٌ﴾ [البقرة: 197] هل يحذف من الأول أو من الثاني؛ لأن دلالة الاقتضاء هنا تقتضي أن لا بد من حذف وهذا من محاسنه ﵀، فإن وقع الحذف من الأول صح الجنس للمحدود؛ لأنه من مقولته وإن وقع الحذف من الثاني صح أيضًا ذلك ثم أن الشَّيخ لما حقق صحة التركيب في الحد قال: إن الرسم غير منعكس قال لخروج غرر فاسد صور بيع الجزاف وبيعتين في بيعة وغيرهما إذ لا عطب فيهما.

(قُلتُ): أشار بذلك: أن الجزاف يشترط فيه في المتبايعين أنهما جاهلان عالمان جاهلان بالمقدار عالمان بالحزر فلو قدرنا علمهما بالمقدار لكان البيع فاسدًا لأجل الدخول على الغرر إذ لا عطب في ذلك والغرر موجود وكذلك في بيعتين في بيعة ثم قال: والأقرب أن بيع الغرر (ما شك في حصول أحد عوضيه أو مقصود منه غالبا) قوله: (ما شك) ما صادقة على البيع؛ أي: بيع وهو جنس الغرر قوله: (في حصول أحد عوضيه) مثل بيع البعير الشارد أو الجنين ويدخل فيه فاسد بيع الجزاف، فإنه فيه شك في حصول عوضه قوله: (أو مقصود منه غالبا) معطوف على حصول معناه أو ما شك في مقصود من ذلك الشيء غالبا احترز به من الغرر اليسير كدخول الحمام مع اختلاف قدر الماء، فإنه لم يقع شك في المقصود منه غالبا.

(فإن قلت): وقع في الحديث أنه ﷺ: «نهى عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر» وفي رواية «عن بيع الغرر» وتعرض المازري لرسم الغرر فقط.

(قُلتُ): إنما تعرض لذلك وحده؛ لأن بيع الحصاة من الغرر وكذلك بيع العربان وبيع الملاقيح

صور بيع الجزاف وبيعتين في بيعة ونحوهما إذ لا عطب فيها والأقرب أن بيع الغرر ما شك في حصول أحد عوضيه أو مقصود منه غالبًا، وقول ابن الحاجب: بيع الغرر ذو الجهل والخطر وتعذر التسليم يتعقب بأن الجهل صفة العاقد والغرر صفة المبيع فهو تعريف بمباين وبأن الخطر مساو في المعرفة للغرر أو أخفى، وتعذر التسليم إنما ذكره الأصوليون حكمةً في التعليل بالغرر.

الباجي: يسيره عفو إذ لا يكاد يفارق، وزاد المازري كون متعلق باليسير غير مقصود، ودليل ارتكابه، وقرره بقوله: منع بيع الأجنة وجواز بيع الجبة المجهول قدر حشوها الممنوع بيعه وحده، وجواز الكراء لشهر مع احتمال نقصه وتمامه، وجواز دخول الحمام مع اختلاف قدر ماء الناس ولبثهم فيه والشرب من الساقي إجماعًا في الجميع دليل إلغاء ما هو منه يسير غير مقصود دعت الضرورة للغوه.

ابن عبد السلام في زيادة المازري: إن لم يكن محتاجًا إليه منع من صحة البيع إشكال من وجهين:

الأول: أنه إذا كان يسيرًا في نفسه غير مقصود إليه من المتبايعين ولا من أحدهما فلا معنى للمنع منه؛ لأن المنع من بيع الغرر، إنما هو لما يؤدي إليه من المخاصمة والمنازعة.

والثاني: إنهم قالوا والمازري فيهم: والعيان يشهد له إن أكثر البياعات لا تخلو عن يسير غرر، فلو شرطنا منع ذلك في إجازة البيع احتياج المتبايعين إلى ارتكاب ذلك الغرر، ومعلوم أن الذي يباح عند الحاجة، ويمنع منه عند عدمها هو رخصة، فيلزم

والمضامين وكذلك بيعتين في بيعة وجميع أنواع أو أصناف الغرر المنهي عنه فرسم الغرر يغني؛ لأنه القدر المشترك ورسم كل صنف بخاصته والله أعلم. ثم قال الشَّيخ: وقول ابن الحاجب بيع الغرر ذو الجهل والخطر وتعذر التسليم متعقب بأن الجهل صفة للعاقد والغرر صفة للمبيع فهو تعريف بمباين قال ولأن الخطر مساو للغرر وتعذر التسليم إنما ذكره الأصوليون حكمة في التعليل بالغرر.

(قُلتُ): وهذا جلي في الرد إلا أن يقال إن الجهل يكون من وصف الفاعل ويكون من وصف المفعول يقال العاقد به جهل بالمبيع والمعقود عليه مجهول؛ أي: به جهل بمعنى مجهول وفيه غرر وغرره هو جهله؛ لكن هذا فيه تجوز؛ لأنه إنما يتم إذا كان المصدر بمعنى المفعول وهو على خلاف الأصل، ثم أنه لا ينجي من الاعتراض إذا تؤمل والله أعلم.

كون أكثر البياعات رخصة وهو باطل قطعًا.

قُلتُ: حاصل الأول أن الغرر كل ما كان يسيرًا غير مقصود بوجه لم يمنع صحة البيع وبين الملازمة بأن مانعية الغرر إنما هي لما يؤدي إليه من مخاصمة المتبايعين، ويرد بأنه دعوى إخراج صورة النزاع من عام شامل لها بمفهوم علة، مستنبطة، ومثل هذا لا يوجب إشكالًا؛ لأن العموم مقدم على مفهوم العلة المستنبطة، وإنما الخلاف في مفهوم منطوق أو علة منصوص عليها، وما بين فيه الملازمة غير صحيح؛ لأن مانعيه الغرر إنما هي لاشتمال الغرر على حكمة هي عجز البائع عن تسليم المبيع لمبتاعه حسبما قرره الفخر في المحصول وغيره من الأصوليين، ولقد كان شيخنا أبو عبد الله بن الحباب ينكث على متفقهة وقته ويقول يقرأون كتاب بيع الغرر ويعللون به ولا يعرفون وجه علته وكيف يتوهم كون حكمة علة الغرر المخاصمة، وأكثر صورها عرية عنها كبيع الآبق والثمر قبل بدو صلاحه على أن ضمانه من مبتاعه إلى غير ذلك من صور الغرر،وحاصل وجهه الثاني أنه كلما اشترطت الحاجة لارتكاب يسير الغرر متمنًا لما في الواقع من عدم خلو أكثر البياعات عنه لزم كون أكثر البياعات رخصة، وبين الملازمة بأن ما يباح عند الحاجة، ويمنع عند عدمها رخصة ويرد من بوجهين:

الأول: قوله: ما يباح عند الحاجة ويمنع عند عدمها رخصة إن أراد مع كون الحاجة خاصة فمسلم كأكل الميتة فإنه محتاج إليه لبعض الناس في بعض الأزمنة لا عام فيهما وكثيرًا العرية بخرصها تمرًا ونحوهما، وإن أراد سواء كانت خاصة أو عامة منعناه، وسند المنع استقراء صور الرخصة، والحاجة في ارتكاب يسير الغرر في البيع عامة، لا خاصة، وقد تقرر في كتاب القياس أن الحاجي العامي من المقاصد معتبر، ومثلوه بالبيع والإجارة.

الثاني: الملازمة التي ادعى صحتها، وادعى بطلانها لازمها، وهو كذلك ينتج له إن وصف الحاجة في يسير الغرر، لاشتراط في لغوه، وذلك باطل للاتفاق على صحة بيع جبة محشوة بحشوها المجهول وفساد بيع حملة ثياب قيمتها ضعف قيمة الجبة مع حشو الجبة دونها صفقة واحدة ولا فرق غير الحاجة، للحشو في بيعه مع جبته وعدمها في بيعه مع الأثواب.

الباجي والمازري: والخلاف في بعض الصور للخلاف في يسارة غررها وكثرته وقول ابن عبد السلام بعد تردده فيماشك في يسارة غرور هل هو شك في الشرط، فيعتبر بناء على أن مسمى الغرر راجح لفقد شرط ركن البيع، وهو العلم بوصف رعي المبيع أو في المانع فيلغى بناء على أن مسماه راجع لمانع المبيع، وأيضًا فقد قال أكثر البياعات: لا تخلو عن يسير الغرر فإذا شك في صورة ما وجب إلحاقها بأكثر صور نوعها، ظاهره ترجيحه إلحاقها بصور الجواز فيرد بأن أكثره عدم الخلو المذكور في صور البيع الجائز معارض، بأن أكثر صور الفاسد، لا تخلو عن كثيره فإلحاقه بأكثر صور الجائز معارض بإلحاقه بأكثر صور الفاسد، وقوله: من نوع مصادرة إذ ليس كونه من نوع الجائز بأولى من كونه من نوع الفاسد لاحتماله في ذاته الموجب لشكه المفروض.

[باب في بيع الحامل بشرط الحمل]

سمع عبد الملك أشهب في كتاب العيوب من ابتاع بقرة على أنها حامل أو جارية يزيد فيها الحمل فلا يجد بها حملًا، له ردها.

ابن رُشْد: قال ابن القاسم: وروي لا يجوز بيعها على ذلك وإن كان الحمل ظاهرًا، وبيعها مفسوخ، وأجازه سَحنون إن كان الحمل ظاهرًا، وقال ابن أبي حازم: البيع جائز ولا يرد بفقد الحمل إذا باع الركمة يظنها عقومًا، ولو باعها على ذلك وهو يعلم أنها على غير ذلك لمعرفة أن الفحل لم ينز عليها له الرد؛ لأنه غره وأطعمه فيتحصل فيها أربعة أقوال:

أظهرها قول سَحنون، وقال ابن عبد الحكم : لا خير في بيع الرجل الدابة ويشترط عقاقها، ولو قال: هي عقوق دون شرط، فلا بأس به.

قُلتُ: زاد في رسم الشريكين من سماع ابن القاسم من جامع البيوع وكل هذا في الحيوان الذي يزيده الحمل، ويجوز في الجارية الرفيعة التي ينقصها الحمل على أنها حامل إذا كانت ظاهرة الحمل؛ لأنه تبر من عيب حملها كسائر العيوب.

ابن زرقون: إنما يجوز في الركمة عند من أجازه إن قاله مطلقًا، ولو قال: إنها حامل من فرس أو قال: من حمار لفسد البيع لاحتمال أن يكون انفلت عليها غير الذي سمى

وقاله ابن رُشْد في رسم البيع والصرف من سماع أَصْبَغ من جامع البيوع قلت: الأظهر جوازه إن عين ليسر معرفة ذلك بعلم ما أنزى عليها وتحفظه عليها من غيره والأظهر في صورة الإطلاق التي خصصها بالجواز المنع إن كان بموضع الأمران فيه متقاربان، وإلا فالأكثر في الرماك، حمل الفرس وما ذكره ابن رُشْد عن ابن عبد الحَكم نحوه للصقلي عن الموَّازية، وقول ابن الحاجب: في بيع الإماء، وغيرهن بشرط الحمل الظاهر، ثالثها إن قصد البراءة منه صح وإلا فسد، نص في الخلاف في بيع الأمة،وغيرها بشرط الحمل على وجه البراءة منه وفيه نظر للاتفاق على جواز بيع الأمة بشرط البراءة من الحمل حسبما تقدم من نقل ابن زرقون وابن رُشْد، واقتضاه قواعد المذهب إياه؛ لأنه عيب في نفس المبيع ظاهرًا، وكل عيب كذا البراءة منه جائزة، وللصقلي في كتاب الخيار مثل نقل ابن الحاجب، قال: لو شرط حمل الجارية في البيع فسخ وقيل إن كان ظاهرًا جاز فيها، وفي الغنم، وقيل إن كان على وجه البراءة جاز في الوجهين معًا، فإن نص على شرطه براءة أو رغبة فواضح وإلا فقال اللخمي: إن كان مشتريها حضريًا فشرطه براءة وإن كان من البادية فليس براءة لرغبة كثير منهم في نسل الإماء وقول ابن الحاجب وأما شرطه الخفي ففاسد إلا في البراءة ظاهره فساده بشرطه على غير البراءة اتفاقًا، ويرد بما تقدم نقل ابن رُشْد وابن زرقون قول أشهب وابن أبي الحازم، وظاهره صحة شرطه براءة، وإن لم يكن ظاهرًا في العلي، ونص استبرائها وعيوبها منعه.

[باب في بيع المضامن والملاقيح]

ونهى عن بيع المضامين والملاقيح اشتهر في كتب الفقهاء والأصوليين حديث النهي عن بيع المضامين والملاقيح[1]، ولا أعرف في كتاب حديث إلا في الموطأ مرسلًا، روى مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أنه قال: «**لا ربا في الحيوان وإنما نهي عن الحيوان عن ثلاثة المضامين والملاقيح وحبل حبلة فالمضامين: ما في بطون إناث الإبل، والملاقيح: ما في ظهور الجمال**»، ونقله الصقلي عن مالك مطلقًا لا بقيد كونها في

---

(1) أخرجه مالك: 2/654 في البيوع، باب لا يجوز من بيع الحيوان.

الإبل، وعزا لابن حبيب عكس قولي مالك فيها، وخرج مسلم ومالك في الموطأ عن نافع عن عبد الله عن رسول الله ﷺ أنه نهى عن بيع حبل الحبلة[1].

زاد مسلم في رواية عن ابن عمر وهو في الموطأ قال: وكان أهل الجاهلية يتبايعون لحم الجزور إلى حبل الحبلة، وحبل الحبلة أن تنتج الناقة ثم تحمل التي نتجت، الصقلي عن ابن وَهْب وغيره هو: نتاج ما تنتج الناقة،وعزاه أبو عمر لأبي عبيد وابن حنبل وغيرهما.

[باب في بيع الملامسة والمنابذة]

خرج مسلم بسنده عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ نهى عن الملامسة والمنابذة[2] وفي رواية: نهى عن بيعتين عن بيعة الملامسة والمنابذة[3].

أما الملامسة: بأن يلمس كل واحد منهما ثوب صاحبه بغير تأمل، والمنابذة: أن ينبذ كل واحد منهما ثوبه إلى الآخر ولم ينظر واحد منهما إلى ثوب صاحب، وفي رواية والملامسة: لمس الرجل بيده ثوب الآخر بالليل أو بالنهار ولا يقلبه إلا بذلك، والمنابذة: أن ينبذ الرجل إلى الرجل ثوبه وينبذ الآخر إليه ثوبه ويكون ذلك بينهما عن غير نظر ولا تراض.

قال المازري: ولو فعلا هذا على أن ينظر إليها ويتأملها فإن رضي أمسك جاز.

[باب في بيع الحصاة]

وخرج مسلم بسنده عن أبي هريرة قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة، وعن

---

(1) أخرجه البخاري: 4/298 و299 في البيوع، باب بيع الغرر والحبلة، ومسلم: رقم (1513) في البيوع، باب تحريم بيع حبل الحبلة، والموطأ: 2/653 و654 في البيوع، باب ما لا يجوز من بيع الحيوان.

(2) أخرجه البخاري: 10/235 في اللباس، باب اشتمال الصماء، ومسلم: رقم (1512) في البيوع، باب إبطال بيع الملامسة والمنابذة.

(3) أخرجه البخاري: رقم(5482)، كتاب اللباس باب اشتمال الصماء، ومسلم في البيوع باب إبطال بيع الملامسة والمنابذة رقم (1512).

بيع الغرر.

المازري: اختلف في تأويله، وأحسن ما قيل فيه تأويلات منها: أن يبيع من أرضه قدر رمية الحصاة ولا شك في جهله لاختلاف قوة الرامي، وقيل معناه: أي ثوب وقعت عليه حصاتي فهو المبيع، وهو مجهول كالأول وقيل معناه ارم بالحصاة فما خرج كان لي بعدده دنانير أو دراهم وهذا مجهول أيضًا، وقيل معناه: إذا أعجبه الثوب ترك عليه حصاة، وهذا إن كان بمعنى الخيار، وجعل ترك الحصاة علمًا على الاختيار لم تمنع إلا أن تكون عادتهم في الجاهلية أن يضعوا أمورًا تفسد البيع مثل أن يكون متى ترك الحصاة، وإن كان بعد عام وجب له البيع وهذا إن كان معناه إذا سقطت باختياره فهو بيع خيار إذا وقع مؤجلًا فلا يمنع إلا أن يكون ثمنه مجهولًا، وقد يكون هذا هومعنى القولين الأخيرين.

قُلتُ: هذا هو قول اللخمي بعد ذكر التفسيرين الأخيرين لا يكون البيع هنا فاسدًا إن كان الثمن معلومًا.

[باب في النهى عن بيعتين في بيعة]

ونهى عن بيعتين في بيعة، فأخرج الترمذي عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة[1]. وقال: حديث صحيح، وفي الموطأ لمالك أنه بلغه أن رسول الله ﷺ نهى بمثله[2]، أبو عمر: هذا حديث من طرق صحاح تلقاها أهل العلم بالقبول.

[باب بيعتين في بيعة]

الباجي: هو تناول عقد البيع لزومًا بيعتين على أن لا تتم منهما إلا واحدة[3] كبيع

(1) أخرجه الترمذي رقم (1231) في البيوع، باب النهي عن بيعتين في بيعة، وأبو داود: رقم (3461) في الإجارة، باب فيمن باع بيعتين في بيعة، والنسائي: 7/395، 396 في البيوع، باب بيعتين في بيعة.

(2) أخرجه مالك الموطأ: 2/663 بلاغاً في البيوع، باب النهي عن بيعتين في بيعة.

(3) قال الرَّصاع: قال: كبيع ثوب بدينار وآخر بدينارين يختار أيهما شاء لازمًا لهما أو لأحدهما ونقل عن

ابن رُشْد أنه قال: تناول البيع مبيعين لا يتم مع لزومه للمتبايعين أو لأحدهما إلا في أحد المبيعين ثم قال: وقلنا في أحد المبيعين لا أحد الثمنين ولا أحد المثمونين ليعم الأمرين لاستوائهما فيه.

(فإن قلت): كيف صح الجنس في حد الشَّيخين الباجي وابن رُشْد بقولهما تناول والتناول لا يصدق معنى على البيعتين في بيعة.

(قُلتُ): هذا يفهم عن الشَّيخ أنه رده لقوله: بعد والأولى ما يخص متعلق النهي فعدل عن الجنس المذكور إلى ما ذكر من قوله: بيع إلخ؛ لأن متعلق النهي إنما هو البيع المذكور لا التناول.

(فإن قلت): إذا صح ما قلته فالصواب أن يقول الشَّيخ: ويجب لا أنه يقول والأولى؛ لأن ذلك يدل على صحة جعله جنسا وهو لا يصح.

(قُلتُ): تقدم في الظهار الجواب عن مثله والتناول مصدر بمعنى الشمول أي أن تشتمل عقدة البيع وبيعتين مفعول وهو الظاهر والمصدر مضاف للفاعل ولزوما حال من المضاف إليه والعامل المضاف قد اقتضى العمل قوله: (على أن لا يتم) إلخ؛ لأنه إذا لم يكن على وجه اللزوم لهما أو لأحدهما فليس من بيعتين في بيعة وهو حال أيضًا فالحال الأولى أخرج بها الخيار والثانية أخرج بها لزوم البيعتين قال الشَّيخ: وتعريف الباجي يشمل الصحيح والفاسد أشار: إلى أن بيعتين في بيعة على وجه اللزوم المذكور قد يكون منه صور جائزة كما إذا باع له ثوبا بدينار أو ثوبين بدينار على وجه اللزوم لهما أو أحدهما ووقع التساوي في الثوبين وفي صفة الثمنين، فإن هذه الصورة جائزة ويصدق عليها الرسم والغرض هنا لا يختلف؛ لأن كل عاقل يختار المثمون المساوي لصاحبه بالثمن القليل فحد الباجي يشمل الصحيح والفاسد ومثاله الذي ذكره وعلل فيه الفساد بالجهالة وهذا ينافي حده؛ لأن المثال للحد إنما فائدته صدق الحد على جميع أفراد المحدود هذا معنى كلامه ثم قال: وتعريف ابن رُشْد يشمل أيضًا الصحيح والفاسد وتقسيمه ذلك إلى صحيح وفاسد يناسب عموم حده فكأنه يقول حق الباجي أن يقيد حده بما يخص الفاسد وهو الصواب وكذلك ابن رُشْد؛ لأنهما إنما حدا الحقيقة المنهي عنها فالحد إنما هو لها ولذا قال الشَّيخ: والأولى ما يخص متعلق النهي ومتعلق النهي إنما هو الصور الفاسدة.

(فإن قلت): فهمك هذا الكلام على ما ذكرته ينافي ما أصلته قبل في جعل التناول جنسا؛ لأن هذا الكلام اقتضى أن متعلق النهي ما ذكره من الصور الفاسدة.

(قُلتُ): لا ينافيه بل الصور الفاسدة هي عقدة البيع كما قلناه ولذا قال الشَّيخ: في حده بيع لأحد مثمونين يختلف الغرض فيهما أو بأحد الثمنين كذلك لزوما لأحد عاقديه فقوله: بيع جنس مناسب لمقولة المحدود ولم يذكر التناول.

(فإن قلت): متعلق النهي يخص بيعتين دخلتا تحت بيعة والحد يخص بيعة تحتها بيعتان.

(قُلتُ): اللفظ مختلف والمعنى متقارب صحيح؛ لأنه يصح أن يقال: نهي عن بيعتين داخلتين تحت عقد أو نهي عن عقد تحته بيعتان قوله: (أحد مثمونين) احترز به من بيع المثمونين وهي الصورة التي أوردها بعد على ابن الحاجب قوله: (يختلف الغرض فيهما) أخرج به الصورة الجائزة التي قدمناها

ثوبه بدينار وآخر بدينارين يختار أيها شاء لازمًا لهما أو لأحدهما.

ابن رُشْد: هو تناول البيع مبيعين لا يتم مع لزومه للمتبايعين أو لأحدهما إلا في أحد المبيعين، وقلنا: أحد المبيعين لا أحد الثمنين ولا أحد المثمونين ليعم الأمرين لاستوائهما فيه.

قُلتُ: تعريف الباجي يشمل صحيحًا وفاسدًا وتمثيله به وذكر علة فساده ينافيه، وتعريف ابن رُشْد كذلك، وتقسيمه لصحيح وفاسد يناسبه والأولى ما يخص متعلق النهي وهو بيع لأحد مثمونين يختلف الغرض فيهما أو بأحد ثمنين كذلك لزومه لأحد عاقديه.

وقول ابن الحاجب: ومحمله عند مالك: على سلعة ثمنين مختلفين وسلعتين مختلفتين بثمن واحد على اللزوم لهما أو لأحدهما يبطل طرده بيع سلعتين مختلفتين بثمن واحد لزومًا لهما أو لأحدهما.

وفيها: بيعتان في بيعة بيع سلعة بدينار نقدًا أو دينارين لأجل قد لزم المتبايعين أو أحدهما، وكأن وجب بدينار نقدًا وجعله بدينارين لأجل أو وجب بدينارين لأجل لجعله بدينار نقدًا ونحوه في الموطأ، وفي البيوع الفاسدة منها مع رواية محمد إن كان دون لزوم جاز، وفي الموطأ، خيار ما لو اتحد الثمن واختلف قدر عوضه من صنفي نوع طعام ربوي بكيل لم يجز للتفاضل وبيعه قبل قبضه.

واعترض بها على حد غيره؛ لأن الحد هنا إنما هو للصور الممنوعة المنهي عنها قوله: (أو بأحد الثمنين كذلك) أشار إلى أن ذلك يعم الثمن والمثمون كما أشار إليه ابن رُشْد: واختلاف الغرض في الثمنين كاختلافه في المثمونين وقوله: (لزوما) حال أخرج به صورة الخيار وإذا منع اللزوم في أحدهما فأحرى فيهما.

(فإن قلت): ظاهر كلام الشَّيخ: أنه سلم حد ابن رُشْد إلا فيما وقع عليه فيه من الاعتراض وأما كونه أخصر في لفظ المبيعين حتى دخل فيه الثمن والمثمون فظاهر منه أنه سلمه فإذا صح ذلك فهلا اقتصر الشَّيخ على ذلك وقال بيع لأحد المبيعين ويختصر قوله: أو بأحد الثمنين كذلك.

(قُلتُ): الجواب عن ذلك من وجهين الأول أنه رأى أن إطلاق المبيعين في عرف الفقهاء غالبا على المثمون الثاني أن التجوز في الرسم على خلاف الأصل وما أورده على ابن الحاجب صحيح ولا يرد على حد الشَّيخ لقوله: أحد المثمونين فتأمله والله سبحانه الموفق.

قُلتُ: فالغرر ولو قال: خذ الثوب أو الشاة بدينار إن شئت ففي جواز نقل الباجي روايتي أشهب وابن القاسم مع ابن وَهْب.

محمد: هذا أصوب، لخلو العقد من معنى التخيير والمساومة، به فسره ابن القاسم قال: ولفظ الإيجاب قوله: هي لك بكذا أو خذها بكذا ولفظ المساومة أنا أبيع هذا بدينار، وهذا بدينارين أو يقول له بكم هذا؟ فيقول له بدينار نقدًا، ويقول وبكم هذا لأجل فيقول بدينارين، فاشتر بأحدهما جاز.

ابن رُشْد: صور بيعتين في بيعة ثلاثة؛ لأن اختلاف الغرض إما في الثمنين أو المثمنين أو أحدهما فإن امتنع تحويل أحدهما في الآخر، فإن ظهرت التهمة منع اتفاقًا، وإن انتفت جاز كاختلاف المبيعين في غير الطعام في القلة والكثرة مع النقد والتساوي في الأجل أو اختلافه مع كون المؤجل أو الأبعد أجلًا أقل عددًا للعلم، إن البيع إنما وجب الأكثر إن كان الخيار للبائع أو بالأقل إن كان للمبتاع وما جاز فيه تحويل أحد الثمنين أو المثمنين في الآخر، فإن كانا صنفين يجوز سلم أحدهما في الآخر، لم يجر إلا على قول عبد العزيز بن أبي سلمة، وإن كانا صنفًا وتباينت صفتاهما بحيث يمتنع أحدهما في الآخر جاز عن محمد وعبد العزيز وإن كانا صنفا واحدًا وتفاضلًا في الجودة ففي جوازه قولها مع الأولين، وقول ابن حبيب وإن كان صنفًا واحدًا بصفة واحدة جاز اتفاقًا.

قُلتُ: وهو بيع الاختيار دون خيار.

زاد في البيان بعد الإحاطة بمعرفة خيارها وشرارها وحصل في جوازها بشرط تساويهما في الجودة، أو بعد اختلافهما بما تختلف فيه الأغراض، ولو لم يجز سلم أحدهما في الآخر ثالثها بشرط عدم اختلافهما بما يجوز به سلم أحدهما في الآخر، ورابعها الجواز، ولو صح سلم أحدهما في الآخر لابن حبيب، ولها ولمحمد، وعبد العزيز، وسمع عيسى ابن ال قاسم لو اشترى عشرة يختارها من غنم بعد اشترائه عشرة منها قبل اختيارها جاز. ولو اشتراها غيره قبل اختياره لم يجز؛ لأنه غرر.

ابن رُشْد: الفرق بينهما أنه يعلم ما يختار فلم يدخل في العشرة الثانية على جهل،

وغيره لا يعلم ذلك، ويجوز له أن يشتري بقيتها قبل أن يختار فلم يدخل في العشرة الثانية على جهل، وغيره لا يعلم ذلك، ويجوز له أن يشتري بقيتها قبل أن يختار عشرته الأولى ولا يجوز لغيره، وأجازهما محمد لغيره، ووجهه أن الثاني علم أن الأول لا يختار إلا خيارها، وخيارها لا يخفي على ذي معرفة فكأن البائع أبقى تلك العشرة لنفسه، وباع باقيها أو عشرة منه على أن يختارها، وعليه يجوز بيع عشرته قبل اختيارها من غيره يختار المشتري الثاني لنفسه خلاف ما في سماع سَحنون، لأشهب ومن حق مشتري عشرة يختارها أن يختارها هو أو من يعينه لذلك وهذا مقتضى النظر، ويأتي على قول أشهب في سماع سَحنون، إن ذلك ليس له، إذ لم يجز له بيعها من غيره على أن يأخذ ما اختار هو ولا على أن يختارها هو لنفسه إذ لا يتنزل عنده أحد منزلة المبتاع في اختياره إلا وارثه، وهو بعيد، وقول بعض الشُيُوخ إنما قال أشهب هذا؛ لأن من حق البائع أن يقول إنما رخصت عليك لعلمي أنك غير ما هو في اختيار الغنم أرجو أن يختار ما ليس بخيارها ليس بشيء إذ لو كان ذلك كذلك لكان غررًا.

قُلتُ: قوله: ليس بشيء إلى آخره، وتضعيفه قول أشهب سبقه به التونسي.

ابن رُشْد وقول: ابن دحون إن شرط البائع عليه أن يختاره بنفسه لزمه غير صحيح.

قُلتُ: ففي لزوم اختياره بنفسه ما لم يمت، ثالثها إن شرطه البائع وعزوها واضح، ابن رُشْد، وغيره عن ابن حبيب: إن اشترى عشرة من خيرة غنمه ولم يعينا من يختارا، واختلفا في تعيين خيرتها، دعا لذلك أهل العدل والبصر، قال: وهو صحيح؛ لأن خيرتها معلوم، وسمع أَصْبَغ ابن القاسم: من اشترى عشرة يختارها من غنم حوامل فلم يختر حتى ولدت لا خيرة له إلا في الأمهات فقط، وله ما جزه البائع من صوفها، لا ما اغتله من لبنها وسمنها؛ لأنه كان ضامنًا لها، ولو كان المبيع كذلك جواري، ولم يشترط حملهن فوضعن قبل اختياره فسخ البيع؛ لأنه آل لبيع الأم دون ولدها، وقال أصبغ: لا يفسخ؛ لأن أصله جائز، ويخير المبتاع ثم يجمع ما اختار لولده ويباعان معًا ويقسم الثمن على الأقدار.

ابن رُشْد: قول ابن القاسم إنما يختار في الغنم الأمهات مثل قول أشهب في خيارها

خلاف قول ابن القاسم.

فيها: من ابتاع أمة بخيار فولدت في أيامه الولد للمبتاع إن أبت البيع فجعل الولد كعضو منها، وهو في هذه أحرى للزوم البيع في عشرة منها، وقول ابن دحون، وليس ذلك باختلاف؛ لأنه إنما جعل الولد للمشتري في مسألة المدَوَّنة للتفرقة ولا تفرقة في الغنم غير صحيح لقول ابن القاسم في الجواري يفسخ البيع للتفرقة، والتفرقة ببقاء الولد للبائع.

وفي قوله: يفسخ البيع، نظر؛ لأنه إنما فسخه؛ لأنه رأى أن اختياره إن اختار إنما يكون على العقد الأول، وكأنها لم تزل ملكًا له، من يومئذ، وهذا يوجب كون الولد له، وفسخه البيع أيضًا من أجل التفرقة خلاف قوله فيها: أنه لا يفسخ إلا إن امتنعا أن يجمعا بينهما في ملك أحدهما، وقيل: لا يفسخ بينهما فإن أبيا أن يجمعا بينهما في ملك أحدهما بيعًا عليهماوقسم الثمن بينهما على قيمتهما وهو قول أَصْبَغ هنا.

وقوله: (ماجز البائع من صوفها فها هو للمبتاع) لا يختلف فيه، وفي قوله: في اللبن والسمن للبائع نظرًا؛ لأن المبتاع ضامن للعشرة على قوله لوجوب البيع عليه فيها، لو تلفت لزمه غرم الثمن بقياس قوله: أن يكون له ما يقع للعشرة من لبن الغنم وسمنها؛ لأنه شريك فيها بالعشرة، وإنما يصح كون اللبن والسمن للبائع على قول سَحنون إن المصيبة من البائع في كل الغنم إن تلفت قبل أن يختار، وشراؤه الطعام على الاختيار لزومًا لا يجوز في غير متماثلين مطلقًا، ولا فيهما ربويين جزافًا ولا كيلًا إن اختلف قدر مع فيها مع غيرها لا يجوز شراء صبرة يختارها من صبر أو ثمرة شجرة يختارها من شجر، وإن اتفق الجنس أو عد ما يختار من هذه النخلة؛ لأنه في الجنس الواحد تفاضل مع بيعه قبل قبضه في الكيل؛ لأنه يدع هذه وقد ملك أخذها، ويأخذ هذه وبينهما فضل وكذا عشرة: أصبغ: محمولة بدينار أو تسعة سمراء على الإلزام وهو من بيعتين في بيعة.

المازري: إنما يحسن هذا على أن مجرد اختياره بقلبه دون لفظه يوجب ملكه إياه، وأما إذا قيل إنما علق الشارع أحكام الملك على الألفاظ فلا يحتاج لهذا المعنى والتحقيق النظر للأصل الذي أشرنا إليه.

قُلتُ: لم يتقدم له فيها غير التعليل بالانتقال المذكور، ولفظ يريد غير ذلك، وزعمه إنه إنما يتوجه على اعتبار مجرد الاختيار القلبي يرد بأنه مستند للفظ العقد اللازم والأمر القلبي إنما قيل بالغاية إذا تجرد عن لفظ سابق كالطلاق لمجرد النية، قال: وعلى الأول في اعتبار علة المنع المذكورة مطلقًا حماية للذريعة، كبيوع الآجال، وصرف ذلك لأمانة ذي الاختيار في أنه لم يختر ولم ينتقل نظر، ومال بعض المتأخرين إلى أنه ينبغي صرف ذلك لأمانته.

قُلتُ: هو اللخمي وشاعت فتوى بعض شُيُوخ شُيُوخنا أن شراء الغبن من البائع الذي بعض عند أسود وبعضه أبيض إنما يجوز إذا عين المشتري الأخذ من أحدهما وكذا شراء التين من البائع المختلف تينه محتجًا بما تقدم من نص المَدَوَّنة، وغيرها، وأفتيت بجواز ذلك؛ لأن المنع المذكور إنما هو فيما بيع على الإلزام حسبما مر، وبياعات أهل زماننا في الأسواق إنما هو بالمعاطاة فهي منحلة قبل قبض المبيع ولا يعقدونها بالإيجاب والقبول اللفظي بحال ويؤيد ما قلته في سماع القرينين: من ابتاع بدرهم فاكهة فبدا له بعد دفعه الدرهم، فقال للبائع: أعطني نصفه بطيخًا ونصفه تينًا لا أرى به بأسًا.

ابن رُشْد: إنما أجازه؛ لأن عقد البيع لم يتم إنما كانا في حال التفاوض، ولم يقطعا السعي بعد إذ لو أراد أخذ درهم كان له ذلك.

التونسي: لو اشترى مدين من إحدى صبرتين يختارها لزومًا جاز أن يتساويا ولم يتراضيا؛ لأنه بيع طعام بطعام.

الباجي: روى ابن حبيب عقد البيع على عشرة آصع من هذه الصبرة من جنس واحد، لا يجوز.

ابن زرقون: في الحاوي مثله، وذكر ابن محرز عن من لقي من الشُيُوخ جوازه وذكر عبد الحق أنه يدخله طعام بطعام على خيار لا بيعه قبل قبضه لجواز أخذ سمراء من محمولة مثل كيلها بعد الأجل وهو بدل ابن الكاتب معنى رواية ابن حبيب إن تأخر الاختيار عن وقت العقد.

قُلتُ: إن روعي مانع التأخير وجب كون معناها إن عقدا على تأخير الاختيار.

ابن زرقون: وقال فضل بن سلمة: ظاهر المَدَوَّنة يدل أنه إن اتفق الكيل والصنف

جاز، قال وفيه مغمز؛ لأن الطعام بالطعام لا يجوز فيه خيار ساعة.

ابن زرقون: انظر كيف هو ظاهر المدَوَّنة، وقد علل فيها بما يشبه ذلك ببيع الطعام قبل قبضه.

قُلتُ: لم أجد في المدَوَّنة ما يدل على ما قاله فضل بحال، التونسي لو كان الاختيار في آحاد طعام يجوز فيه التفاضل كالقثاء لم يدخله إلا الغرر إن اختلفت كالثياب أو التراخي في بيع طعام بآخر لا بيع طعام قبل قبضه، وذكره المازري غير معزوٍّ وذكر ما تقدم عن الحاوي وابن الكاتب.

وفيها: لا بأس باشتراء أربع نخلات يختارهن من هذا الحائط، ولا ثمر فيهن، وقبل الصقلي قول عبد الحق بعموم الجواز ولو لم يعلم المبتاع عدد نخلات الحائط؛ لأن قدر ما ابتاعه معلوم، قال: ولو لم يشترط الخيار وأبهم ذلك لم يجز إلا بمعرفة عددها؛ لأنه يصير شريكًا في الحائط بقدر عدة ما ابتاع من كل عدة نخل الحائط، وشرط البائع استثناء اختياره عددًا من مبيعه غير الطعام مع لزوم العقد جائز إن قل اللخمي: لا يجوز إن كان أكثر واختلف في النصف منعه في نكاحها الأول، قال: إن تزوجها على أحد عبديه، والخيار للمرأة جاز، وإن كان على أن الخيار له لم يجز وأجازه سَحنون وهو ظاهر قول ابن القاسم في خيارها لا يجوز بشرط البائع خيار جلها، والنصف ليس بجل.

قُلتُ: ظاهر نقله إن نص المدَوَّنة إنما هو في النكاح بأحدهما دون البيع، وكلاهما فيه مقيسة مسألة النكاح على مسألة البيع وهي في التهذيب معكوسة، وسمع عيسى ابن القاسم لا خير في شراء عشرة من شرار هذه الغنم؛ لأن الخيار للبائع يعطيه ما أحب ولا يدري ما اشترى.

ابن رُشْد شرط البائع اختيار عدد مسمى هو جلها أو أكثرها لم تختلف نصوص الروايات أنه لا يجوز، وإن جاز أن يدخله الخلاف بالمعنى.

قال ابن حبيب: فيمن يبيع البز المصنف، ويستثني منه ثيابًا إن شرط اختيارها من رقم بعينه فلا بأس، وإن كانت جل ذلك الرقم وإنما يكره في الكيل من الجزاف وهو بعيد.

قُلتُ: كذا رأيته في اختصار الواضحة، قال فضل إثر نقله: انظره مع قوله في الغنم: لا يجوز أن يشترط خيار أكثرها.

قُلتُ: ويحتمل أنه إنما أجازه؛ لأن أكثر الصنف لا يكون أكثر الصفقة؛ لأنه فرض كون المبيع أصنافًا، فالغالب إن أكثر صنف منها لا يكون أكثر مجموعها.

وقال ابن عبدوس: إن حمل هذا على النظر لم يجز منه شيء إذ لا يجوز جهل البائع ما باع ولا جهل المشتري ما اشترى فإن كان الخيار للمبتاع فقد جهل البائع ما باع، وإن كان للبائع جهل المبتاع ما ابتاع وإنما جاز اختيار المبتاع إن اتفق الصنف والثمن بالتسهيل؛ لأنه من بياعات الناس، والذي يجوز للبائع أن يستثني اختياره الثلث فأقل. فإن كان أكثر من الثلث لم يجزه ابن القاسم وأجازه سَحنون. يريد ما لم يكن الجل أكثر من الصنف؛ لأنه أجاز بيع الرجل أحد عبديه أيهما شاء على الإلزام للمشتري وأن يتزوج المرأة على ذلك خلاف ما في نكاحها.

قُلتُ: ففي جواز استثناء البائع اختيار أكثر من الصنف وقصره عليه ثالثها على الثلث فقط، ورابعها ما دون النصف لابن حبيب وسَحنون وابن رُشْد عن ابن القاسم واللخمي مع غيره عنه، وفي السماع المذكور إن باع عشرة من غنمه يختارها المبتاع بعد بيعه عشرة كذلك من غيره قبل اختياره إياها فلا خير فيه؛ لأنه غرر.

ابن رُشْد: أجازه محمد وبيع بقيمتها من غيره.

ووجهه أن العشرة التي للأول كأنها معلومة للثاني لعلمه أنه لا يختار إلا خيارها وخيارها معلوم لأهل المعرفة فكأن البائع أبقاها لنفسه، وباع منه الباقي أو عشرة على أن يختارها وعليه يجوز للأول بيع عشرته قبل أن يختارها،ويختارها المشتري الثاني لنفسه خلاف ما في سماع سَحنون لأشهب، ولما ذكر اللخمي منع البيع على اختيار المبتاع في الطعام، قال: اختلف قوله إن كان الخيار للبائع فمنعه وأجازه ففرق بين البائع والمبتاع والفرق بينهما فإن خشي أن يختار ثمر شجرة ثم ينتقل إلى أخرى لم يجز لبائع ولا مبتاع، وإن كان غير منتقل جاز لهما بعد بيان ذلك لهما وصرف الأمر إلى أمانة ذي الخيار ما لم يكن المبيع أصنافًا فيمنع للغرر. وفيها: إن استثنى البائع خيار ثمر أربع نخلات أو خمس أجازه مالك بعد إن وقف فيه أربعين ليلة.

ابن القاسم: لا يعجبني، فإن وقع أجزته لقول مالك فيها وتخريجها، التونسي: على أن المستثنى مبقى أو مشترى خلاف نفى اللخمي الفرق بينهما وزاد ابن محرز تخريج قول ابن القاسم على أنه مشترى بأن قوله: هو مبقى وخرجهما على الخلاف فيمن ملك أن يملك هل يعد مالكًا أم لا؟

قُلتُ: ويرد تخريج قول مالك بأن كونه مبقى منضمًا لقولها برعي الانتقال بعد الأخذ إنما ينفي بيعه قبل قبضه لا التفاضل في الجنس الواحد عبد الحق في النكث، إنما فرق مالك بين البائع والمبتاع لعلم البائع جيد حائطه من رديئه فكان مستثناه معلومًا فلا انتقال.

زاد في تهذيب الطالب واختار قول مالك غير واحد من أهل النظر، وطعن بعض القرويين فيما فرقنا به؛ لأنه لو كان البائع يعلم ذلك قبل بيعه لعين مستثناه، ولم يشترط اختياره.

قُلتُ: ولم يذكر ولا المازري له جوابًا وجوابه إن علم البائع المدعي تقدمه، هو الظن الذي هو مظنه لاختياره ما يختار لا يكذب فيه موجب اختياره إياه لتقدم علمه المذكور فلا ينتقل عنه لغيره، لا الاعتقاد الجازم الموجب لتعيين المستثنى وهذه المظنة منتفية عن المبتاع؛ بل يرد الفرق المذكور بالبائع الحديث الملك المبيع وجواب الصقلي، والأول أصوب؛ لأنه ما من أحد لا يعلم خيار ثمره لتعاهده ونظره إليه من يد ثماره يستشكل؛ لأنه ليس إيصاله لملازمة المعترض ولا لإيصال الملازم، فهو لغو لمسألته وقد يجاب بأنه مجرد منع لملازمة المعترض أو إشارة لما أجبت به، وقبل الصقلي قول عبد الحق قال بعض شُيُوخنا: لو هلكت النخل قبل اختيار البائع كانت منه؛ لأن البيع إنما يتم بعد اختياره.

قُلتُ: هذا على أن المستثنى مبقي واضح وفيه على أنه مشتري نظر.

[باب في بيع عسيب الفحل]

النهي عن عسيب الفحل البخاري عن ابن عمر: نهى رسول الله ﷺ عن عسب الفحل، الدارقطني عن أبي سعيد الخدري، قال: نهى رسول الله ﷺ عن عسيب

الفحل وعن قفيز الطحان[1].

الترمذي عن أنس بن مالك أن رجلًا من **كلاب** سأل رسول الله ﷺ عن عسيب الفحل فنهاه عن ذلك فقال: يا رسول الله إنا نطرق الفحل فنهاه عن ذلك فقال: يا رسول الله إنا نطرق الفحل فنكرم، فرخص له في الكرامة[2]. قال: حديث حسن غريب.

النسائي: عن أبي هريرة قال: «**نهى** رسول **الله** ﷺ **عن ثمن الكلب وعسيب التيس**»[3].

مسلم عن جابر بن عبد الله قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع ضراب الفحل[4]، وتلقى ابن عبد السلام نقل عبد الحق كل هذه الأحاديث بالقبول وتعقب ابن القطاب على عبد الحق في نقله حديث الترمذي، فقال: ذكره مرفوعًا وإنما هو موقوف لم يذكر فيه النبي ﷺ، قال: ولفظه عند الدارقطني بسنده إلى أبي سعيد الخدري، قال: «**نهى عن عسيب الفحل وعن قفيز الطحان**».

قُلتُ: وجدت بخطي هو القفيز بتقديم الفاء وهو الحفير الذي يحفره الطحان ليجعل فيه الطرف الذي يسقط فيه من الدقيق ثقب الرحاء.

في الصحاح القفيز: حفير يحفر حول الفسيلة فنهى ﷺ عن أخذ الدقيق الذي يسقط في الحفير غلبة حين رفع الظرف لامتلائه خشية الذريعة لتعمده، ثم رأيت لابن حماد في كتابه المسمى «بالإعلام» بفوائد الأحكام ما نصه: قفيز الطحان المنهي عنه.

قال ابن المبارك: هو أن يقول الرجل للطحان: اطحن لي بكذا وكذا، وزيادة قفيز من نفس الطحين، والقفيز معروف بما يصطلح عليه أهل كل قطر. انتهى.

---

(1) أخرجه: الدارقطني: 3/47 رقم (195) في كتاب البيوع.

(2) الترمذي: رقم (1274) في البيوع، باب ما جاء في كراهية عسب الفحل، والنسائي: 7/310 في البيوع، باب بيع ضراب الجمل.

(3) أخرجه النسائي: رقم(4673) كتاب البيوع بيع ضراب الجمل.

(4) أخرجه مسلم: رقم (1565) في المساقاة، باب تحريم بيع فضل الماء، والنسائي: 7/310 في البيوع، باب بيع ضراب الجمل.

قُلتُ: إن ثبتت روايته بتقديم القاف تعين ما قاله وإلا فالأول أنسب ولا يسمى على مذهب مالك في شراء قمح على أن على بائعه طحنه.

قال ابن القطان: ولعل قائلًا يقول لعله اعتقد فيما يقوله الصحابي من هذا مرفوعًا فنقول له: إنما عليه أن ينقل لنا روايته ولا رأيه فلعل من يبلغه يرى غير ذلك، ورأيت في تقييد لابن عبد الملك جمع فيه كلامًا لابن القطان وابن الموَّاز على أحكام عبد الحق أن حديث الترمذي المذكور صحيح لا حسن فقط، قال الجوهري: العسيب: الكراء الذي يؤخذ على ضراب الفحل، يقال: عسب فحله أي: إكراه، وعسيب الفحل أيضًا ضرابه، ويقال: ماؤه ومشهور المذهب جوازه.

المازري: أجاز مالك إجارة الفحل للإنزاء.

قُلتُ: هو نص كتاب الجعل منها المازري، قال بعض أصحابنا: إنما النهي عن بيعه والذي أجزناه إجارته وهو غير بيعه كإجازتنا إجازة الظئر للرضاع ومنع بين لبنها.

اللخمي: روى ابن حبيب كراهة بيع عسيب الفحل لحديث النهي عنه، وقد يحمل على الندب، وإن أخذ الأجر فيه ليس من مكارم الأخلاق فإن فعل لم يفسخ ولم يرد الأجر.

ابن شاس: محمل النهي على استئجاره على عقوق الأنثى، هو فاسد؛ لأنه غير مقدور على تسليمه، وتبعه ابن الحاجب في عزوه ابن عبد السلام: لأهل المذهب نظر لما تقدم.

وفيها: إنما أجازه مالك مع حديث النهي؛ لأنه ذكر أنه العمل عندهم فيجوز على أعوام معروفة أو شهر وأما حتى تعق ففاسد.

الشَّيخ عن الواضحة: إن سمى يومًا أو شهرًا لم يجز أن يسمى نزوات.

قُلتُ: في هذا الأصل خلاف في موضعه العُتْبِيّ عن سَحنون.

من استأجر نزو فحل مرتين فعقت الدابة بأحدهما رجع بنصف الأجرة كصبي استؤجر على رضاعه مدة مات في نصفها.

ابن رُشْد: وكذا موت الصبي المستأجر على تعليمه والدابة المستأجرة على رياضتها ولما ذكر ابن عبد السلام نقل ابن الحاجب قول سَحنون قال: وسكت المؤلف

عما إذا كانت الإجازة على زمن معين دون تسمية مرات هل حكمها كهذه أو مخالف إذا عقت الأنثى في أثناء المدة والأقرب أنه مخالف؛ لأنه إذا تعرض للزمان وحده دون إشارة إلى الأنثى فقد ترك التعيين مطلقًا فيرجع إلى الأصل وهو أن يأتي بأنثى أخرى أو يؤدي جميع الأجر.

قُلتُ: هذا يدل على أن الأنثى في مسألة سَحنون غير معينة دلالة واضحة لمن أنصف وهو وهم لنص ابن رُشْد في المقدمات، وفي رسم العتق من سماع عيسى على أنها معينة، وبعد تسليم هذا ما اختاره من التفرقة هي بين كون الإجارة على عدة النزوات، وبين كونها على مدة من الزمان يرد بتشبيهه، سَحنون: مسألة النزوات بمسألة المستأجرة على عدة النزوات ومدة معلومة على رضاع صبي، وسمع عيسى ابن القاسم: لا بأس بإنزاء البغل على البغلة ويكره استئجار كذلك؛ لأنه لا يعق ولا منفعة فيه ثم قال: لا أدري ما هو؟ عيسى: لا بأس به إذا لم يجده إلا بأجر.

[باب في النهي عن بيع وشرط]

ابن شاس وابن الحاجب: ونهى عن بيع وشرط قلت: لا أعرفه إلا من طريق عبد الحق قال: ذكر عبد الوارث قال: حدثنا أبو حنيفة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع وشرط[1] خرجه أبو محمد من طريق محمد بن عبد الله. الحاكم: فذكره ابن القطان في باب أحاديث عللها عبد الحق ولم يبين من أسانيدها مواضع العلل فقال: لم يقل عبد الحق بعد ذكره شيئًا وكأنه تبرأ من عهدته بذكر إسناده، وعلته ضعف أبي حنيفة في الحديث وعمرو عن أبيه عن جده مذهبه أن لا يضعفه.

قُلتُ: في اختصار الشَّيخ المحدث جمال الدين بن عثمان الذهبي لكتاب: تهذيب الكمال في أسماء الرجال في الكتب الستة ما نصه: أبو حنيفة النعمان بن ثابت الفقيه رأي أنسًا وسمع عطاء والأعرج ونافعًا وعكرمة روى عنه أبو يوسف ومحمد وأبو نعيم

(1) أخرجه الطبراني في الأوسط: 4/335، رقم(4361).

المقبري عاش سبعين سنة خرج عنه الترمذي قلت: فظاهره أنه مقبول عنده، وشرط البيع ثلاث؛ لأنه إما مناف له أو لا؟

والثاني: إما من مقتضاه أو لا فالأول فيه قول ابن رُشْد في المقدمات في بيوع الشروط المسماة عند العلماء: ببيوع الثنيا كالبيع على أن لا يبيع ولا يهب ولا يخرج بها من بلد أو على أن يتخذها أم ولد أو على أن لا يعزل عنها أو لا يجيزها البحر، أو على إن باعها فهو أحق بها الثمن أو على أنه بالخيار فيها لأجل بعيد لا يجوز الخيار إليه، وشبهه من شروط التخيير على المشتري خلاف، قيل: يفسخ مطلقًا، وفي فوت السلعة قيمتها ما بلغت والمشهور يفسخ ما لم يترك، ذو الشرط شرطه إن تركه صح البيع إلا في شرط ما لا يجوز من أمد الخيار فيلزم فسخه لامتناع تحقق إسقاط الشرط لجواز كون إسقاطه أخذا به.

قُلتُ: زاد في رسم العشور من سماع عيسى من جامع البيوع مسألة ثانية وهي من باع أمة على أن لا يطأها المبتاع فإن فعل فهي حرة أو عليه كذا، قال: هذا يفسخ على كل حال، ولا يصح إسقاط هذا الشرط؛ لأنه يمين، وعلى الأول حمل سماع يحيي بن القاسم في رسم الصلاة، قال: وعلى المشهور إن فاتت السلعة في لزوم المشتري الأكثر من الثمن أو القيمة أو ما نقص من الثمن بالشروط قولان.

قُلتُ: الأول قولها، وعزا أبو عمر الثاني لرواية ابن وَهْب وسمع يحيي ابن القاسم من اشترى في مرضه عبدًا على أن يومئ بعتقه ففعل ومات لم يحمل العبد ثلثه بيعه غير جائز فإن فات بعتق بعضه بالوصيَّة المشروطة رد لقيمة مثله يوم تبايعًا، وليس للبائع رد مارق منه بمنابه من الثمن.

ابن رُشْد: هذه كما باعه على أن يدبره المشتري أو يكاتبه أو يعتقه إلى أجل فذكر القولين السابقين أولًا، وعزا الأول منهما لظاهر هذا السماع قال: لقوله فيه إن القيمة فيه يوم تبايعا إذا فات بعتق بعضه بالوصية، ولم يقل الأكثر من القيمة أو الثمن، ويريد بقوله: يوم تبايعا إذا فات بعتق بعضه بالوصية، ولم يقل الأكثر من القيمة أو الثمن، ويريد بقوله: يوم تبايعا إذا كان البيع والقبض في يوم واحد، ويفوته مفوت البيع الفاسد ولا يفوت بالوصيَّة ما لم يمت المبتاع الموصى فيجب عتقه بالوصيَّة أو عتق

بعضه إذ له الرجوع عن الوصية، بخلاف التدبير والكتابة والعتق لأجل ولو مات المبتاع الموصى مدينًا بما يغترف كل ماله فسخ فيه بيعه ولو بيع في الدين.

قُلتُ: وما عزاه لظاهر هذا السماع من القول الأول هو نص سماع القرينين في رسم مسائل بيوع من كتاب العيوب وفي كتاب البيوع الفاسدة، منها، من ابتاع أمة على تعجيل العتق جاز؛ لأنه البائع تعجل الشرط فلا غرر، فإن أبى أن يعتق فإن كان اشترى على إيجاب العتق لزمه العتق.

اللخمي: إن كان على أنه حر عتق بالعقد، وإن كان على التزام عتقه أجبر عليه إن لد عتقه الحاكم. وإن كان على مطلق عتقه، ففي كونه كذلك أو عدمه بتخيير بائعه في إسقاط، وفسخ بيعه قولا سَحنون مع أشهب وابن القاسم، وإن كان على خيار مبتاعه بشرط النقد فسد، وإن كان بغير شرطه جاز، وعليه وعلى قول ابن القاسم إن مات العبد إثر العقد أو بعد تراخ علمه البائع ضمنه مبتاعه، ولا غرم عليه، ولو جهل تراخيه تبعه بمناب الشرط، ولو عيب بالقرب أو في تراخ، علمه البائع خير في عتقه، وعدمه مع غرمه مناب الشرط وإن جهله خير في رضاه، بعتقه، معيبًا، وأخذه بها حط للشرط، وإن أبى المشتري عتقه غرم ما حط للشرط.

وسمع ابن القاسم: من ابتاع أمة على أن يعتقها بشرط أو عدة فحبسها يطأها أو يستخدمها ثم أعتقها بعد، أو مات هو أو هي قبل عتقها إن كان ذلك بغير علم البائع ورضاه، فعليه مناب الشرط من ثمنها يوم بيعت.

وإن علمه فأقر به أو رضيه جاز، ولا شيء عليه، وإن علم به قبل فوت العبد فله رد عبده وتركه.

ابن رُشْد: هذا بناء على قولها البيع على العتق جائز، ولا يلزم المشتري وعليه لا يجوز النقد فيه بشرط، ويجوز على قول أشهب بلزومه والشرط قول البائع أبيعها منك على أن تعتقها، والعدة قول المبتاع: بعها مني، وأنا أعتقها، وجعله العدة كالشرط؛ لأنها في العقد، وقيل ليست مثله، وعليه رواية مُطَرِّف قوله: بعني جاريتك اتخذها أم ولد بيع لا مكروه فيه، حتى يكون شرطًا، وقوله: عليه ما نقص الشرط في عنقها بعد حبسها يطأها ويستخدمها ومات هو أو هي قبل عتقها يريد بعد أن حبسها يطأها ويستخدمها

إذ لو ماتت بفوت شرائه لم يكن للبائع رجوع عليه قاله في سماع أَصْبَغ والموَّازية: ولو مات المبتاع بالقرب ولم تفت خير ورثته بمنزلته في العتق والرد، ومعرفة مناب الشرط من الثمن إن تقدم دونه وبه، وقدر فضل قيمتها دونه على قيمتها به من قيمتها دونه هو قدره من الثمن كان الثمن قدر قيمتها بدون الشرط أ وأكثر خلاف سماع أَصْبَغ أن المشتري يغرم إذا فات عنده فواتًا بعيدًا بالعيب المفسد والنقص المتفاحش، والزيادة المتباينة ما نقص من قيمته يوم الشراء ما لم يتقارب ذلك، فعليه إن كانت قيمته يوم الشراء بغير شرط قريبة من ثمنه لم يغرم للبائع شيئًا، وإن كانت أكثر بكثير غرم له فضل القيمة على الثمن، وقول مالك أصح؛ لأن البيع قد يكون بمثل القيمة وأقل وأكثر، وإنما غرم مناب الشرط إن أعتقها بعد أن حبسها يطأها ويستخدمها بتفويته بذلك، شرط تعجيل البائع عتقها إنما أعتقها لنفسه.

وعلى قياس هذا إن أعتقها لواجب عليه أجزاه، وكذا عتقه بعد الفوت بعيب مفسد.

قُلتُ: ظاهره إن أجزأه العتق عن واجب تخريج، وقال اللخمي عن ابن القاسم في الموَّازية: إن طال ذلك كالسنة ثم أعتقه غرم بقية الثمن، وإن أعتقه عن ظهاره أجزأه، وكذا بعد شهر وبعد إن ظهر به عيب، ويجزئه عن ظهاره يريد إن العيب مما يجزئ في الواجب.

ابن رُشْد: وإن علم البائع أن المبتاع لم يعتق وإنه يطأ ويستخدم، وأقر به ورضي فلا مقال له اتفاقًا، ولا يدخله الخلاف في السكوت هل هو إذن أو لا؟ قوله: إن علم به قبل فوت العبد فللبائع رد عبده وتركه، وفيه تفصيل: إن علم عدم عتقه بقرب البيع فليس له إلا ما قال وإن علمه، بعد طول استخدامه ووطئه فله رد عبده أو تركه مع رجوعه بقدر نقص الشرط من الثمن وإن فات فليس له رده؛ بل الرجوع بما نقص الشرط أو ببقية القيمة على رواية أصبغ، ولا يفوت إلا بالعيب المفسد كما في رواية أصبغ، وقيل بحوالة السوق وهو بعيد، وتقييد ابن رُشْد قوله عليه ما نقص الشرط في موت المبتاع بأنه كان حبسها للوطئ أو الخدمة خلاف ما حمله عليه اللخمي؛ لأنه ساقه من الموَّازنة، وقال: لا أرى للبائع مقالًا في موت المشتري؛ لأن وارثه مكانه،

والاستخدام ليس بفوت، والوطء أثقل، ولا يفيت، والصدقة والهبة كالعتق، لابن القاسم في الموَّازيَّة من باع أمة بشرط أن يتصدق بها المبتاع على ولد البائع جاز، ولا يحكم بها عليه، وللبائع إن أبى المشتري الصدقة إمضاء البيع دونها ورده، وعلى قول أشهب وسَحنون يلزمه وفيها: بيعها على أن يعتقها إلى أجل أو يدبرها أو يولدها لا يجوز، فإن فاتت ففيها الأكثر من قيمتها يوم قبضها أو الثمن المازري: في إمضائه بإسقاط الشرط ولزوم فسخه قولا ابن القاسم وأشهب، فإن فاتت ففي مضيه بالأكثر من ثمنه أو قيمته أو بالثمن فقط، ثالثها يوقف ما حط للشرط إن لم يعتق.

وإن تم العتق رد لمبتاعه وإلا أخذه البائع للمشهور، ونقل المازري قال: وأشار بعضهم إلى أنه يحسن رجوع البائع بما بين قيمته رقيقًا ومدبرًا، وعزا ابن محرز الثاني لأشهب، والثالث لسَحنون، وخرج عليهما من قال: دبر عبدك، ولك كذا، ففعل، فقال محمد: في هذه يرد للأمر ما بذل، وفي الموطأ لمالك: من اشترى جارية على أن لا يبيعها ولا يهبها، وشبهه لم ينبغ له وطئها؛ لأنه لم يملكها ملكًا تامًا لما استثنى عليه فيها لا يبيعها ولا يهبها، وشبهه لم ينبغ له وطئها؛ لأنه لم يملكها ملكًا تامًا لما استثنى عليه فيها وكان بيعًا مكروهًا أبو عمر: أول كلامه يدل على جواز البيع وكراهة الوطء وآخره على أنه لا يجوز، وهو قوله مع أصحابه وروى ابن وَهْب: من ابتاع جارية على أن لا يبيعها ولا يهبها، باعها نقض بيعه وردت إلا أن يسقط الشرط، فإن لم توجد أعطى البائع فضل ما وضع للشرط.

ابن رُشْد: لم ير في هذه الرواية البيع فوتًا، وقال سَحنون: هو فوت كبيع فاسد.

اللخمي: إن باع على أن لا يبيعه من فلان وحده جاز جملة أو لا يبيعه إلا من فلان فهو فاسد، ويغرم المشتري تمام الثمن إلا أن يسقط البائع شرطه.

قُلتُ: قوله: فهو فاسد مع قوله: ويغرم تمام الثمن كمناف، قال: وإن قال: على أن تبيعه من فلان فهو فاسد ويغرم المشتري تمام الثمن إلا أن يسقط البائع شرطه قلت: قوله: فلو فاسد مع قوله: ويغرم تمام الثمن كمناف، وإن قال على أن تبيعه لفلان فهو فاسد ولا على المشتري غير الثمن الذي باعه به من فلان؛ لأنه بيع لا تمكين فيه فلا يضمنه المبتاع، وإن قال على أن لا تبيعه من هذا النفر جاز، وفي الموَّازية: على أن لا

يخرجه من بلده أو إلى الشام يفسخ إلا أن يسقط الشرط.

وفي مختصر ما ليس في المختصر: إن باعه على أن يخرجه مبتاعه لا بأس به وهو أبين؛ لأن البائع إنما يشترطه لموجب، ولا سيما إن كان المبتاع طارئًا وما ذكره اللخمي من إجازة البيع على أن لا يبيع من فلان.

قال ابن رُشْد: وفي ثالث مسألة من رسم القبلة أجازه ابن القاسم في رسم باع شاة من سماع عيسى من كتاب الدعوى والصلح، وكرهه أَصْبَغ اتفقا على كراهة البيع على أن لا يبيع ممن يضر بالبائع.

قُلتُ: ما حكاه عن رسم باع شاة من سماع عيسى لم أجده فيه بحال، وسمع ابن القاسم لا أحب البيع على إن وجد ثمنًا قضاه وإن هلك ولا شيء عنده فهو في حال.

ابن القاسم: إن فات لزمته القيمة يوم القبض.

ابن رُشْد: هذا؛ لأنه غرر، لا يدري البائع هل يقبض له الثمن أم لا؟ فلا يدخله الخلاف الذي في البيع على أن لا يبيع ولا يهب، وقول ابن القاسم تفسير لقول مالك؛ لأنه يقول كثيرًا فيما يجب فسخه، لا أحب.

قُلتُ: الأظهر حمل قو ل مالك على الكراهة خلاف قول ابن القاسم؛ لأن حقيقة هذا الشرط، هو مقتضى الحكم في عدم الطلب في الدنيا لقوله تعالى: ﴿فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: 280]، فإذا مات عديمًا فلا ميسرة، وأما في الآخرة فهو خلاف مقتضى الحكم على ما قاله عز الدين بن عبد السلام: إنه يؤخذ من حسنات المدين بقدر الدين وهذا عندي غرر يسير؛ لأن أحكام البياعات إنما هي مبنية على المقصود منها، وقصد الناس بها إنما هي في الأمور الدنيوية، وسمع يحيي بن القاسم: من باع سفينة على أن لا يبيعها ولا يهبها حتى يقضيه ثمنها فسخ بيعه إن لم تفت فإن فاتت أو هلكت، فهي من المشتري ومضى البيع بفوتها.

ابن رُشْد: هذا من بيوع الثنيا التي المشهور فسخها ما لم تفت إلا أن يسقط البائع شرطه، فإن فات ففيه الأكثر من القيمة أو الثمن، وقوله هنا: يفسخ في القيام وفي فوته قيمته يوم قبضه، وهو معنى قوله: البيع ماض عليه بفوتها خلاف مشهور قوله.

قُلتُ: قال الباجي: إن شرط أن لا يبيع ولا يهب ولا يعتق حتى يعطيه ثمنه فروى

داوود في المدينة هو جائز في كل شيء، وله أن يرتهن الغلام أو السلعة ويحوزها على يدي عدل كالرهون، وروى محمد جوازه في السلع، قال محمد: هذا في قريب الأجل اليوم واليومين استحسان وما طال أو إلى غير أجل فلا خير فيه.

ابن أبي زَمَنَيْن روي علي: لا بأس به في الرقيق والسلع إن كان أجل الثمن معلومًا؛ لأنه كالرهن.

الباجي: ولأن للبائع منه البيع حتى يقبض الثمن كبيع النقد ولابن القاسم في: الموَّازيَّة لا خير فيه، وفي سماع يحيي ابن القاسم: يفسخ ما لم يفت فإن فات، مضى البيع ولم يرد.

قُلتُ: قوله: حتى يدفع إليه الثمن كبيع النقد، وهم؛ لأن المنصوص أنه ليس له ذلك في البيع إلى أجل، وما حمل عليه سماع يحيي خلاف ما حمل عليه ابن رُشْد، ويتحصل في جوازه ومنعه، ثالثها في السلع فقط مطلقًا، ورابعها إن كان الأجل يومين، وخامسها في السلع والرقيق مطلقًا، وسادسها يكره، وعزوها بين، وسمع القرينان من ابتاع سلعة على إن ادعاها مدع بثمنها رد عليه بغير خصومة لا يجبني.

ابن رُشْد: يريد أنه بيع فاسد للشرط؛ لأنه غرر.

[باب في البيع بشرط السلف]

والبيع بشرط السلف حقيقة لا يحل:

الباجي: إجماعًا، وفي لزوم فسخه إن وقع والقيمة ما بلغت في فوته وصحته بإسقاط ذي الشرط شرطه قولان للباجي عن رواية بعض المدنيين عن ابن حارث، وغيره عن ابن عبد الحكم وابن رُشْد عن سماع يحيي ابن القاسم، والمشهور، وعليه إن فاتت السلعة ولم يفت مطلقًا، أو ما لم تزد القيمة على الثمن، والسلف في الأول والأقل منهما في الثاني مطلقًا، ثالثها ما لم تكن فيه القيمة أقل من الثمن مسقطًا منه السلف فلا ينقص منه، ورابعها رجوع مشترط السلف على صاحبه بقدر ما نقصه أو زاد المشهور، والباجي عن أَصْبَغ واللخمي مع ابن رُشْد عنه، وتخريجه من غير ذكر أصله قائلًا: وجه العمل فيه أن تقوم السلعة بشرط السلف دونه فيؤخذ اسم ما بين القيمتين من الثمن

يرجع به المشترط على الآخر وفي إيجاب الغيبة على السلف لزوم فسخه والقيمة ما بلغت في فوته وبقاء تصحيحه بإسقاط الشرط، ثالثها إن غاب عليها مدة أجله أو قدر ما يرى أنه أسلفه إليه، للباجي مع غير واحد عن سَحنون مع ابن حبيب، وعن أَصْبَغ وتفسير ابن رُشْد قول ابن القاسم، وعزا الثاني.

ابن حارث: الفضل عن رواية يحيي في الموطأ وصححها، وعزاها أبو عمر لبعضهم وخطأها، وعزاه عياض لرواية لها، وفي حملها عليه أو على الأول نقلاه عن الشُيُوخ، وسمع عيسى ابن القاسم من استقال من ثوب اشتراه بعشرة دنانير إلى شهر على أن يسلفه عشرة دنانير إلى أبعد من الأجل أو أقرب منه، لا خير فيه، وهو بيع وسلف، وأما إلى الأجل نفسه، فأجازه ناس وكرهه آخرون ومالك يتقيه، وأنا أكرهه ولا أحرمه.

ابن رُشْد: أجازه أشهب وحمله على أنه اشتراه بالعشرة المدفوعة فإذا حل الأجل أخذه بالعشرة التي كانت ثمنًا، وذكر السلف لغو، ومن كرهه، اعتبر فساد اللفظ، وقول أشهب أظهر؛ لأن الفعل إذا صح لم يضر قبح اللفظ وهو نص مالك في المدَوَّنة: ومن باع سلعة ممن له عليه قدر ثمنها حالًا بشرط أن لا مقاصة في فساد بيعه وصحته مع بطلان شرطه، ثالثها مع صحته لابن حارث عن قول ابن القاسم لا يحل رواية أشهب وقول أصبغ.

[باب في البيع بشرط أن لا بيع]

والبيع بشرط أن لا بيع إن لم ينقد إلى أجل قريب في فسخه، وتمامه بشرطه وتمامه بإبطاله، رابعها يوقف المشتري إن نقد مضى وإلا رد لابن حارث عن ابن مسكين عن روايات ابن القاسم للثلاثة ونقل عياض، وعزا الثلاثة لروايات ابن لبابة، وعلى الثالث في جبره على النقد عاجلًا أو أجل، ثالثها إن قال: إن جئتني بالثمن وإلا فلا بيع بيننا، وإن قال: إن لم تأتي فإلى الأجل، لعياض عن ظاهرها، وعن تفسيرها أكثرهم، ولابن حارث عن الدمياطي عن ابن القاسم.

اللخمي: إن دخلا على أن المبيع على ملك بائعه إن أتى مبتاعه بالثمن إلى أجل

أخذه، فهو بيع خيار في أمده، وضمانه.

عياض: حمله ابن لبابة المسألة.

اللخمي: إن دخلا على أنه مشتري وإنه إن لم يأت بالثمن أخذه البائع على الثمن فهو شرط فاسد في فساد البيع به وصحته مع بطلان الشرط، ثالثها إن أسقط صح، وإلا فسخ وهو أحسنها، والأمد في المدَوَّنة إلى يوم أو يومين وروى يحيي أو عشرة أيام.

عياض: سقط لفظ عشرة في رواية غير يحيي وروى بعضهم مكانها أيامًا يسيرة، وفي الموَّازيَّة لا بأس في الدور والأرضين إلى شهر، ويكره في الحيوان، وهو في العروض باطل ولابن لبابة عن ابن القاسم سبيله إلى شهرين سبيل البيع الفاسد قلت: ولابن حارث عنه سبيله إلى شهر سبيل البيع الفاسد، وفي البيوع الفاسدة منها لمالك لمن اشترى سلعة على أن ينقدها ثمنها إلى ثلاثة أيام، وفي موضع آخر إلى عشرة أيام فلا بيع بيننا، لا يعجبني البيع على شراء، فإن نزل جاز البيع وبطل الشرط والسلعة إن كانت حيوانًا، من البائع حتى يقبضها المبتاع، بخلاف البيع الفاسد الصحيح، تحبس فيه بالثمن هلاكها من البائع بعد عقدة البيع.

عياض: روى ابن وَهْب إن كان ينقده إلى يوم ونحوه فهي من المبتاع، وإن كان إلى عشرة أيام ونحوه فهو من البائع، وفي الكتاب: إن هلكت في الأمد بيد البائع فهي من البائع، ومرة علق لم يقل في الأمد.

ابن لبابة: هلاكها قبل القبض كالبيع الفاسد من البائع، وبعده كالصحيح من المبتاع.

[باب في بيع الثنيا]

محمد: عم ابن رُشْد لفظ بيع الثنيا في بياعات الشروط المنافية وخصصه الأكثر بمعنى قولها في بيوع الآجال، من ابتاع سلعة على أن البائع متى ما رد الثمن، فالسلعة له، لم يجز؛ لأنه سلف جر نفعًا[1].

---

(1) قال الرَّصاع: قال ﵀: عمم ابن رُشْد لفظ الثنيا في بياعات الشروط المنافية للبيع.

قال في المقدمات: بيع الشروط المسماة عند الفقهاء بيع الثنيا كالبيع على أن لا يبيع ولا يهب. =

الباجي: هذا قول سَحنون الثمن سلف جر منفعة الغلة.

وقال ابن القاسم: لأنه تارة بيعًا وتارة سلفا.

ابن زرقون: روايتها أنه بيع فاسد في فسخه وفوته وغلته، وعلى قول سَحنون، وابن الماجِشُون وغيرهما: إنه سلف جر نفعًا، ترد الغلة للبائع وتقدم جعلها ابن رُشْد من جملة بياعات الشروط، وقال اللخمي في الموَّازية: من اشترى على ثنيا فأسقط البائع الشرط مضى البيع.

محمد: إن رضي المشتري، الشَّيخ: وقد يفسخ البيع الأول، وقول محمد أحسن؛ لأن انتقالها عن الصفقة الأولى فسخ.

المازري: ظاهر قول مالك صحة العقد بمجرد الإسقاط فإن لم يرض المشتري، وروى محمد إن فساده راجع للثمن فلم يصح العقد بإسقاطه كبيع بثمن لموت زيد ثم عجل.

قُلتُ: ويلزم على قول الشَّيخ الإشهاد على الفسخ حسبما مر في الصرف لو أجلا الثنيا، ففي كون الغلة في الأجل للبائع، وبعده، كبيع فاسد أو كما لو لم يؤجلاه، قول ابن شبلون مع القابسي محتجًا بقول رهونها إن لم آتك بالحق إلى الأجل، فالرَّهن لك إنه قبل الأجل كالرهن، وبعده كبيع فاسد، ونقله عن ابن حبيب وابن الكاتب مع ابن عبد الرحمن محتجين بأن الرواية كذلك، وفرق بعضهم بين هذه والرهن، بأن البيع فيها مقيد بمضي الأجل. وفي مسألة الثنيا مقر، وقبله الصقلي هما سواء؛ لأن قوله: متى جئت بالثمن كقوله إن لم آتك بالحق فهي لك.

قُلتُ: الأول أصوب كتفرقة وصاياها بين قوله: ثلثي لأبي، فإن رده الورثة فهو للفقراء، وبين قوله: وهو حر إلا أن يجيزه الورثة لابني.

المتيطي: الثاني المشهور المعمول به.

قال الشَّيخ: وخصه الأكثر بمعنى قولها في بيوع الآجال فمن ابتاع سلعة على أن البائع متى رد الثمن فالسلعة له قال فيها: وأنه لا يجوز؛ لأنه سلف جر نفعا وتأمل ما هنا من الكلام والبحث وما أشرنا إلى لفظه بعد والله الموفق.

وفي نوازل أَصْبَغ الطوع بها بعد تمام العقد، وقبض عوضيه دون توطئة ولا مواعدة ولا مراوضة مؤقتة ومطلقة حلال في كل شيء سوى الفروج إلا أن يجعله في الجارية إلى استبرائها إن وقته منع من إخراج المبيع من يده وأن يحدث فيه شيئًا مدة الوقت، وإن أبهمه لزمه ما لم يخرجها من يده.

ابن رُشْد: يريد إلا أن يفتيه بفور ذلك، مما يرى أنه أراد قطع ما أوجبه على نفسه، قال في أجوبته: ولو بنى المبتاع في المدة التي طاع بالثنيا لها، فله قيمة ذلك منقوضًا لتعديه.

ابن عات: قال بعض أصحابنا: إن لم يأت البائع بالثمن حتى حل الأجل فلا شيء له، وقيل له من الأجل قدر زيادة الأيام في الأهلة، ونقصها، قال بعض أصحابنا: اليوم ونحوه.

قُلتُ: قال ابن فتوح: ما قارب انتهاء الأجل كما قبل انقضاء الأجل، وفي وثائق الباجي: إن بعد أجلها كالعشرين سنة فهي كالهبة.

قال ابن فتوح: في المبهمة إن فوته المبتاع فلا حق للبائع فيه، وله إن أحضر الثمن منعه تفويته، فإن فوته نفذ تفويته إلا أن يكون السلطان قضى بتوقيفه فيفسخ التفويت، قال: وإن ادعى أحدهما في الثنيا المنعدمة بالطوع أنها كانت شرطًا في العقد، حلف الآخر على نفيه لما عرف بين الناس من أن العقد في الظاهر يخالف الباطن ولا يسقط حلفه إلا ببينة حضرت ابتياعهما على الصحة فلا ثنيا.

قُلتُ: ا نظر ظاهر قو له: حضرت البينة ابتياعهما إن مجرد ذكر ه في وثيقة التبايع لا يسقط هذه اليمين، وظاهر قول المتيطي: أن ذكره في الوثيقة يسقطها، والصواب الأول ونحوه حكى في مسألة دعوى الرهن.

ابن عات عن ابن تليد، من مات وقد قال بعد وجوب بيعه متى جئتني بالثمن فهو مردود عليك، لزم ذلك ورثته إذا أعطوا الثمن من الاستغناء إن كان هذا الطوع يجري مجرى الهبة فهي هبة لم تحز فتأمل قول ابن تليد، وقد يكون من باب العدة.

قُلتُ: لا أعلم مستندًا لأقوال الشُيُوخ بصحة الطوع بالثنيا بعد العقد إلا ما في نوازل أصبغ، وفيه لمن أنصف نظر؛ لأن التزامها إن عد من جهة المبتاع عقدا بتا، فهو

من جهة البائع خيار، فيجب تأجيله لقولها: من اشترى سلعة من رجل ثم جعل أحدهما لصاحبه الخيار بعد تمام البيع لزمهما، إذا كان يجوز في مثله الخيار، وهو بيع مؤتنف كبيع المشتري لها من غير البائع مع قولها: من ابتاع شيئًا بالخيار ولم يضرب له أمدًا جاز، ويضرب له من الأمد ما ينبغي في مثل تلك السلعة، ولو ادعى البائع فيما تطوع به بعد عقده بالثنيا إن المبيع رهن تحيل بطوع الثنيا لإسقاط حوزه، ففي وجوب حلف المبتاع، فإن نكل حلف البائع وثبت قوله: وسقوطه ببينة العقد. ثالثها: إن كان متهمًا بذلك، ورابعها: إن كان من أهل العينة، والعمل بمثل هذا فالقول قول البائع مع يمينه، وإلا حلف المبتاع للمتيطي عن ابن لبابة قائلًا: هو قول العلماء الماضين مع يحيي بن إسحاق عن عيسى قائلًا: هو قول مالك وأصحابه، وعن غير واحد من الموثقين مع العمل به، وعن يحيي بن عبد العزيز مع عبيد الله بن يحيي وحسين بن محمد بن أصبغ، وعن ابن أيمن مع أيوب بن سليمان وعزا ابن عات، الثالث لسَحنون وغيره.

قُلتُ: وتقع في بلدنا هذه الدعوى فيما عقد دون طوع بعده بالثنيا وهي أضعف مما تقدم فجرى فيها غير الرابع، وسمع القرينان لمن أقال من حائط على أنه متى باعه البائع فالمشتري أحق به بالثمن الذي يبيعه به، ثم باعه بالثمن بعد زمان أخذه بالثمن الذي باعه به.

ابن رُشْد: أوجب له أخذه بشرطه، وإن باعه بعد زمان لقوله في الشرط: متى ما باعه؛ لأن متى لا تقتضي قرب الزمان بخلاف سماع محمد بن خالد لابن القاسم وابن كنانة: التفرقة بين القرب والبعد، إذا أقاله على إن باعه من غيره فهو له بالثمن، وكأن المقيل تخوف من المستقيل إن استقاله ليبيعه من غيره بزيادة أعطيها، وسمع سَحنون ابن ا لقاسم: إن أقاله على ذلك لخوف أن يكون أراد بيعها لربح، إن علم أنه استقاله لبيعها، فبيعه منتقض غير جائز، وإن باع لغير ذلك بدا له البيع في بيعها، وطال الزمان فبيعه جائز كقول مالك فيمن طلب امرأته أن تضع له مهرها فقالت: أخاف إن وضعته طلقتني فقال: لا أفعل، فوضعته ثم طلقها، لها الرجوع عليه بما وضعت، إلا أن يطلقها بعد طول الزمان، وتبين الصحة، فلا ر جوع لها.

ابن ر شد: إذا نقض البيع لما ذكر انتقضت الإقالة وردت للمقيل وتنظير ابن

القاسم بمسألة الطلاق صحيح ولو لم يجر، بين الزوجين كلام؛ بل سألها الوضع فوضعت ثم طلقها بالقرب لرجعت عليه، ولو سأل البائع المبتاع الإقالة فأقاله، ثم باعها بالقرب فلا مقال للمبتاع هنا تفترق المسألتان، ولو وضعته على أن لا يطلقها أبدًا أو على أنه متى طلقها رجعت عليه فلها الرجوع، ولو طلقها بالبعد وسمع محمد بن خالد بن القاسم، وابن كنانة مثل سماع سَحنون في الإقالة وفيه قال محمد بن خالد: كان ابن نافع لا يجيز الإقالة في هذا بمنزلة البيع.

قال ابن لبابة: هذا جيد من فتياه واستحسنه.

قُلتُ: لما ذكر الصقلي قول ابن القاسم بالجواز، قال: قال الشَّيخ: هذا خلاف ما في الموطأ عن عمر لا تقربها وفيها شرط لأحد، وفي المختصر إن ذلك في البيع لا خير فيه والإقالة بيع.

وشرط ما العقد يقتضيه واضح في الصحة، قال المازري: كشرط تسليم المبيع، والقيام بالعيب، ورد العوض عند انتقاض البيع وهو لازم دون شرط فشرطه تأكيد وشرط ما لا يقتضيه، ولا ينافيه وهو من مصلحته جائز، لازم بالشرط ساقط بدونه كالأجل والخيار والرَّهن والحميل.

وفيها: يجوز البيع على حميل معين قريب الغيبة، وفي شراء الغائب منها الغيبة القريبة اليومان، فإن أبى الحمالة فللبائع رد البيع، وإمضاؤه دونه، فلو فات قبل التزامه ورده، ففي خيار البائع في إمضاء البيع دونه ورده والتزامه إمضاؤه كقبضه، نقل المازري عن معروف المذهب مع ظاهر نقل غيره عنه، وقول أشهب والرَّهن المعين مثله، ويجبر على تسليمه، وعلى المعروف لو جاء المشتري بحميل مثله في موته، أو إبايته، ففي خيار البائع ولزومه قبوله قولها، ونقل المازري مع اللخمي، ولو جاء برهن مثل الأول لفوته في جنسه والتوثق به، فالقولان لها.

واللخمي عن عبد الملك وصوبه، وعلى حميل بعيد الغيبة لا يجوز وعلى رهن كذلك، فيها: يجوز كبيعه، وتوقف السلعة حتى يقبض الثمن الرَّهن ومنعه أشهب كالحميل، وفرق المازري بقوة الغرر فيه، لاحتمال إبايته مع وجوده.

عياض: في النوادر: إن بعدت غيبة الرَّهن لم يجز إلا أن يكون أرضًا أو دارًا أو

يقبض السلعة المبيعة حمله حمديس قياس الرَّهن على الحميل، أولى، وطرح سَحنون اسمه على المسئلة لينبه على الفرق بين الرَّهن والسلعة الغائبة.

[باب في هلاك الرَّهن بعد قبضه]

ابن محرز: قالوا لو هلك المبيع في الإيقاف ثم هلك الرَّهن الغائب أو استحق، فأراد البائع إمضاء البيع دون رهن لجرى على الخلاف في إمضاء المشتري جارية حدث بها في المواضعة عيب، وقد هلك ثمنها في الإيقاف.

وفيها: هلاك الرَّهن بعد قبضه كعدم شرطه: اللخمي: وكذا لو هلك قبل قبضه بعد إمكانه منه.

ابن محرز: ليس التمكين من قبض الرَّهن كقبضه بخلاف المبيع.

اللخمي: ويختلف إن هلك قبل إن إمكانه منه كالبيع.

قُلتُ: يرد بشرطية الحوز في الرَّهن بخلاف المبيع، ويجوز عليهما أو على أحدهما مضمونين فيها، وإن لم يصفاه، وعليه الثقة، من رهن أو حميل.

قُلتُ: أطلقوه ويجب تقييده بكونه يغاب عليه أولًا وهو ظاهر لم يصفاه، دون لم يسمياه، ولو هلك الرَّهن بعد قبضه ومات الحميل بعد أخذه، ففي لزوم بدلهما كالراحلة المضمونة تهلك بعد قبضها قولا ابن مناس وبعض الفقهاء، ولو ادعى المشتري العجز عن الرَّهن والحميل، ففي سجنه لذلك في الحميل لا الرَّهن أو فيهما، ثالثها إن رئي أنه يقدر عليهما سجن، وإن رئي إنه عاجز لم يسجن لابن مناس مع ابن شبلون وابن محرز عن المذاكرين محتجين بأن تهمته في الرَّهن أقوى، وبتسوية المدَوَّنة بينهما، واختياره.

[باب في استحقاق الرَّهن قبل قبضه]

ولو استحق معين الرَّهن قبل قبضه، ففي خيار البائع في رد المبيع وإمضائه دونه مطلقًا أو ما لم يأت برهن. ثالثها: لا مقال للبائع.

اللخمي عن ابن القاسم، وعبد الملك وتخريجه على قول مالك لا مقال له في تعدي

المشتري على بيعه. ولابن محرز عن ابن الماجِشُون: البائع مخير في الرد والإمضاء دون رهن وله أخذ قيمتها إن فاتت بعيوب مفسدة، وبعد قبضه.

قال اللخمي: لا مقال للبائع إن لم يغره وإن غره فهو قبله وبعده سواء.

ابن القاسم: يخير البائع، ولو أتى المبتاع ببدله.

عبد الملك: يخير المبتاع عليه.

محمد: إن أتى ببدله لزم قبوله وإلا خير البائع، سَحنون: يجبر على تعجيل الحق، قال: وأراه بعد القبض وقبله سواء، وإن لم يغره إن أخلفه، أجبر على قبوله، وإلا خير البائع في إمضاء البيع، وأخذ سلعته أو قيمتها إن فاتت، وإن غره فله جبره على خلفه، وأخذ سلعته أو قيمتها إن فاتت والمشهور فوتها بحوالة الأسواق، ويلزم قوله محمد لا يفيتها إلا العيب المفسد ذلك في عوض المستحق، وفي كون شرط عدم اتخاذ المبيع المجاور للبائع محلًا لصناعة خاصة من الثالث أو الأول خلاف، كمن باع أسطوان داره بعد إحاطة بقدره، وما دخل في بيعه على أن لا يجعل فيه مبتاعه طاحونة في صحة بيعه، مع لزوم شرطه، وسقوطه ثالثها إن لم يفت بهدم أو بناء خير البائع في إمضاء البيع بإسقاط شرطه والتمسك به فيفسخ، وإن فات مضى بالأكثر من قيمته أو ثمنه لابن سهل عن علي بن الشقاق، مع أبي المُطَرِّف عبد الرحمن بن فرج قائلًا: يقضى بقلع الطاحونة، وابن دحون مع أبي علي المسيلي قائلًا: ويمنع من الضرر، وابن عات.

قُلتُ: ضعف الثاني واضح.

[باب في بيع الأمة بشرط رضاع ولدها ونفقته]

وسمع ابن القاسم في: جامع البيوع من باع أمة بشرط ر ضاع ولدها ونفقته سنة؛ جاز إن كان إن ماتت أرضعوا له أخرى.

ابن القاسم: هذا وهم من مالك، أو أمر رجع عنه لكراهته بيع أمة دون ولدها الصغير.

سَحنون: هذا إن كان الولد رقيقًا وإن كان حرًا جاز ابن رُشْد: معنى المسألة: أنه حر، وكذا هي في آخر البيوع الفاسدة، منها، قالوا وهم ابن القاسم فيما حمل المسألة عليه

لا مالك، ومعناها: إن رب الأمة أعتقه ثم باعها، ولم يبق من أمر رضاعه إلا سنة، فأجاز شرط رضاعه مضمونًا لا في عين الأمة لقوله في المدَوَّنة: ذلك جائز إن كان مات ارضعوا له أخر وكذا هنا في بعض: الروايات، فإن وقع البيع على الشرطين: إن ماتت أرضعوا له أخرى، وإن مات أرضعوا له آخر، وأرادوا كون الرضاع مضمونًا على المشتري جاز اتفاقا، وإن أردوا كونه في عينها ما لم تمت، إن ماتت أتى بخلفها لم يجز كشرط أن الرضاع في عينها، ويبطل بموتها أو يرجع عليه البائع بقدره؛ لأنه في عينها تحجير على مشتريها، وإن كان في عين الصبي مضمونًا على المشتري دخله الغرر، واختلف إن لم تكن لهم في الشرط نية: فحمله هنا على أنه مضمون وأجازه وحمله في سماع أشهب على أنه في عينها ما لم تمت فلم يجزه واختلف إن وقع البيع على إن مات الصبي أرضعوا له آخر وسكتوا على قولهم: إن ماتت أرضعوا له أخرى فحمله ابن القاسم في المدَوَّنة على المضمون وأجاز هو حمله سَحنون على أنه في عين ا لأمة يسقط بموتها فلم يجزه إلا على وجه الضرورة مثل أن يرهقه دين فتباع فيه عليه كذلك وتأول على قول ابن القاسم: أنه أجازه على أن الرضاع في عينها، فتعقبه بقولها: كيف يجيزه، وهو لا يجيز الإجارة على ذلك؟ فلا يجوز إلا للضرورة وهذا غير لازم لابن القاسم لأنه لم يجزه إلا بأن حمل الأمر في المسكوت عليه على أن الرضاع مضمون على المشتري لا في عين الأمة، ويلزم سَحنون في قوله آخر المسألة: لو كان حرًا جاز البيع ما ألزمه ابن القاسم؛ لأنه حمل المسكوت عنه في الصبي على المضمون، فأجاز البيع كما حمل ابن القاسم المسكوت عنه في الأمة على المضمون فأجاز البيع، وإذا تم الرضاع فنفقته على سيده حتى يثغر؛ لأن من أعتق صغيرًا لزمته نفقته حتى يستغني بنفسه، ويقدر على الكسب ولو بالسؤال، هذا معنى قول محمد فيمن أعتق صغيرًا أو التقط لقيطًا.

قُلتُ: قال اللخمي: القياس أن لا نفقة على سيده، وتكون مواساته على أهل بلده سيده أحدهم.

المتيطي: هو الذي في وثائق ابن العطار قال ثم حكى جواب مالك في شرط السيد نفقته وقال: هذا يدل على أن نفقته عليه.

التونسي انظر لو فلس قبل تمام الرضاع هل تباع الأمة في الدين بشرط رضاعه

ومؤنته على المشتري، وإن نقص من حق الغرماء فيكون أوجب من نفقته على ولده الذين لا يترك لهم من ماله إلى أن يقدروا على أنفسهم، وأرى أن لا يلزم أن يشترط على المشتري ذلك في بيع الأمة فيكون بدئ الغرماء، بكل حقه، ولا يبطل جملة حقه بتبدئة الغرماء عليه كهبة لم تقبض حتى قام الغرماء على واهبها؛ بل يحاص له الغرماء بمبلغ نفقته، وسمع ابن القاسم: لا بأس ببيع نصف الأمة أو الدابة على أن على المشتري نفقتها سنة وإنها إن ماتت أو باعها فذلك له ثابت.

ابن رُشْد: وقعت أيضًا في هذا السماع من كتاب السلطان بزيادة: أن سَحنون أنكره فحمل قوله: إن له عليه إن ماتت الدابة آخذ ذلك منه على أنه يأتيه في كل يوم من الطعام ما كان ينفق عليها؛ لانقضاء السنة، فبعض ثمن نصفها نفقتها المعلومة؛ لانقضاء السنة كإجازة المدَوَّنة وغيرها استئجار الأجير، بالنفقة، وإن لم توصف، وحمل سَحنون قوله على أنه إن ماتت أخذ منه بقية النفقة عاجلًا أو قيمة ذلك فأنكره لغرره ولو وقوع الأمر على أحد الوجهين نصًا ارتفع الخلاف ولو لم يزد على اشتراط النفقة شيئًا لجاز على معنى قولها: يجوز بيع نصف الثوب أو الدابة على أن يبيع له النصف الآخر إلى شهر، وعلى ما في رسم البراءة من سماع عيسى، فإن ماتت الدابة أو الوصيفة قبل السنة رجع البائع على المبتاع في قيمة النصف المبيع يوم باعه لفوته بالموت بقدر ما بقي من النفقة من كل الثمن؛ لأن ثمن النصف ما سمى من الثمن، والنفقة على نصفها المبقى، فإن كان المسمى عشرة دنانير، وقيمة النفقة على النصف ديناران، وأنفق عليها نصف السنة، ثم ماتت رجع على المبتاع بنصف سدس قيمة النصف المبيع يوم باعه لفوته بالموت كان أقل من دينار أو أكثر كبيع نصفها بعشرة دنانير، وعرض قيمته ديناران فاستحق نصفه؛ لأن ما بطل من النفقة بموت الوصيفة كاستحقاق بعض الثمن وهو عرض، وقيل: لا يرجع عليه بشيء وهو الآتي على ما في العشرة. لابن القاسم فيمن باع أمة أعتق ولدها الصغير، واشترط نفقته على المشتري حتى يثغر،ويستغني فمات قبل ذلك أن المشتري لا يتبع بشيء؛ لأنه إنما أرد بالشرط كفاية مؤنة الصبي، وهو بعيد وسمع عيسى ابن القاسم: من باع صبيًا صغيرًا على الصبي أو عليه عشر سنين ثم أعتق المشتري لو باعه أو مات، نظركم نفقة المدة؟ وكم قيمة

الصبي؟ فإن كان الصبي نصف القيمة أو ثلثيها يوم البيع رجع بقدر النفقة من الثمن، وهو بيع جائز.

ابن رُشْد: هذه مسألة رديئة من مسائل المجالس لم يتدبر بيعها غير جائز؛ لأن ما يسترجعه المشتري من مناب باقي النفقة من الثمن هو تارة بيع، وتارة سلف، بسبب ما له أن يحدثه من بيع أو عتق، والبيع على هذا الشرط إن كان على أن يقبض المبتاع الصبي ويأخذ نفقته من البائع تلك المدة شهرًا شهرًا أو سنة سنة جاز البيع، ولم تسقط النفقة بموت الصبي، ولابيعه ولا عتقه، وكان للمبتاع أخذه بها، وإن كان على أن يكون الصبي مع البائع يأكل معه كواحد من عياله لم يجز عند ابن القاسم إلا أن يكون على أنه إن مات أو باعه أو أعتقه أتاه بمثله ينفق عليه لتمام المدة على قوله فيها فيمن باع أمة على أن ترضع ابنًا لها سنة، جاز إن كان إن مات أرضع له آخر، وعلى أصله في الراعي يستأجر على رعاية غنم بأعيانها لا يجوز إلا بشرط الخلف وأجازه سَحنون مطلقًا، ولو قال البائع: شرطت كونه يأكل عندي يده مع يدي، وقال المبتاع: بل على أنه عندي أخذ نفقته شهرًا شهرًا تحالفا، وتفاسخا، وكذا إن ادعيا ذلك نيَّة تحالفًا على نياتها، وفي قوله: أو يعتق المشتري الصبي نظر إذ لا تسقط النفقة عمن أعتق صغيرًا لا يقوم بنفسه.

[باب في أرض الجزاء]

وشراء الأرض بشرط أداء قدر معلوم عليها في كل مرة معلومة إن كان بوضعه عليها حين الإحياء جاز، ولا ينبغي أن يختلف فيه، وهو ما استقر عليه العمل العام بتونس، منذ نحو ثلاثمائة سنة في الأرض المسماة بالجزاء، ونقل بعض شُيُوخنا في مجلس تدريسه إن بعض من أدركه من الشُيُوخ كان يمرض ملكها، ويضعفه، وإن كان لا يشهد في نكاح مهره ما هو من هذه الأرض إذا كان لا غرس بها مردود بعمل الشُيُوخ العلماء الجلة الذين يعجز عدهم كالشَّيخ الفقيه الصالح أبي العباس بن عجلان والشَّيخ الفقيه الصالح الشهير أبي علي حسن الرشيدي وغيرهما، واحتاج بعضهم له بأن الجزاء المأخوذ عن الأرض إن جعل كراء فهو فاسد لعدم الأجل وإن جعل ثمنا فهو بيع فاسد لجهل قدره مردود بمنع حصره فيهما؛ بل هو وضع خراج على الأرض قبل

إحيايها لقربها من العمران إذ لا يجوز فيه إحياء دون إذن الإمام حسبما هو مقرر في حريم البئر وموجب وضعه حاجة الناس العامة للإحياء والغراسة منضما للحاجة لما يقوم به أمر المسلمين وصونهم عن ذوي الفساد من أهل الحرب وغيرهم.

وتحصيل هذه المصلحة الكلية العامة واضح لمن علم وجوب تحصيل المصالح الكلية بما تقرر في أصول الفقه، وفي بعض مسائل الفقه الجزئية كمسألة الترس في الجهاد ومسألة تضمين الصناع ومسألة الرمي من السفر عند الهول، وما ذكره بعض شُيُوخنا عن بعضهم محمله عندي في الأرض المسماة بأرض الحكر وهي أرض على قدر المرجع منها من الخراج أقل ما على المرجع من أرض الجزاء.

والعادة فيها أن من بيده لا يتصرف فيها بإحداث غرس بحال وإذا أراد ذلك نقلها لأرض الجزاء بدفع قدر معلوم عندهم وإلحاق قدر خراجها بقدر خراج الجزاء.

[باب في الأرض المطبلة]

وأما شراء الأرض بشرط أداء عليها مستمر حادث الوضع بعد إحيائها فهذا غير كائن عندنا وهي الأرض المعبر عنها في كتب الوثائق والأندلسيين، بأرض الطبل والوظيف في جواز بيعها بشرطه في العقد(1)، وكراهته، ثالثها لا يجوز لأشهب وسَحنون وابن القاسم.

ابن فتوح وغيره القضاء بقول ابن القاسم.

ابن أبي زمنين: روى ابن وضاح أن سَحنونا كان يكره بيع أرض العشور على شرطه ثم قال: لا بأس به، والأكثر على أن نسبة الجواز والمنع لأشهب وابن القاسم

---

(1) قال الرَّصاع: أرض الجزاء يؤخذ من كلامه: أن أرض الجزاء هي التي وضع عليها قدر معلوم حين إحيائها، والأرض المطبلة هي التي وضع عليها قدر معلوم بعد إحيائها.

قال: والأولى كائنة عندنا بتونس والثانية غير كائنة وهي المعبر عنها في كتب الوثائق بأرض الطبل والوظيف وبنى على ذلك: جواز بيع الأرض الأولى بشرط أداء القدر عليها في كل عام في العقد والثانية ذكر فيها ثلاثة أقوال وتأمل ما أشار إليه هنا وكان يمر لنا عند بعض مشايخنا بحث في بعض أدلته وألزمه بعض ما لا يقول به والله أعلم بقصده - رحمه الله ونفع به-.

تخريج على قوليهما في بيع أرض ذات الجزية على أن الخراج على المبتاع، وظاهر لفظ ابن فتوح، والمتيطي إنه عن أشهب نص، وظاهر قول ابن الهندي إنه عن ابن القاسم نص: ويؤيده قول شفعتها إثر منعه بيع أرض الصلح على أن الخراج على المبتاع كل عام شيئًا يدفعه، ولما ذكر الباجي قولي أشهب وابن القاسم في منع أرض الصلح على أن الخراج على المبتاع قال: وقد ألحق أهل بلدتنا بذلك ما ألزم أرض الإسلام من وظائف الظلم للسلطان، وهو غير صحيح؛ لأن هذه الوظائف مظلمة ليست بحق ثابت، ومن أمكنه دفعها عن نفسه لم يأثم، وخراج أرض الصلح لا يحل دفعه، وإنما مثل المظالم الموظفة على الأرض مثل ابتياع الثياب في بلد يلزم المبتاع المكس في كل ما يبتاع منه فلا يمنع ذلك صحة التبايع فيها.

قُلتُ: قوله غير صحيح غير صحيح وقياسه على صحة بيع الثياب يرد بأن المغرم عليها معلوم غير مجهول؛ لأنه غير دائم، والوظيف مجهول بجهل مدته.

ابن فتوح وغيره تحيل متأخرو فقهاء قرطبة تمسكًا بقول ابن القاسم بأن عقدوا التبري من الوظيف في كتاب غير كتاب الابتياع بنص كونه بعد عقد الصفقة، وقل ما تنعقد صفقة إلا بعد معرفتهما به، وإنه لمن الكذب الذي تركه أولى، ولو أخذ بقول أشهب؛ لكن أحسن لخروج الناس به من الكذب.

قال ابن العطار: تكلمت غير مرة مع محمد بن بلفي وابن زَرْب قبل أن يستقضي، وكان يختار قول أشهب، فلما تولى القضاء قلت له: أمكنك إنفاذ ما كنت تختاره من الأخذ بقول أشهب فاحكم به تتبع فتثاقل عن ذلك، وقال: من يستطيع صرف الناس عن ما جروا عليه.

قُلتُ: هذا بين على أن ترجيح قول أشهب عنده لم يبلغ كونه نتيجة اجتهاد مستقل عن تقليد، ولو كان كذلك ما جاز له العدول عنه اتباعًا لما عليه الناس.

وقال ابن عات: رأيت لابن رُشْد في تعقبه على ابن العطار، نحو قول أشهب قال: هذه المغارم ظلم يجوز أن يتبرأ بها في نفس الصفقة كسائر العيوب، ولولا ذلك ما جاز بيع الأصول الموظفة.

المشاور البيع على الوظيف جائز، وليس بعيب يرجع به علم أو لم يعلم؛ لأن أصل المغارم ظلم أوقعها العمال.

قُلتُ: قوله وليس بعيب مشكل ابن عبد الغفور قال بعض القضاة: من باع أرضًا وعليها وظيف فالتزمه البائع لم يجز؛ لأنه إن مات احتيج إلى توقيف ماله بسببه.

ابن زَرْب: من باع حقلًا من أرضه الموظفة على الجزية، ورد جميع الوظيف على باقي أرض لم يجز إلا بالتزام المبتاع من الوظيف بقدر الحقل من الأرض، وإلا فسخ؛ لأن الوظيف عيب في نفس الأرض لو جاز بيع ذلك على الجزية لوجب وقف أرضه ولم تورث عنه، وتبقى موقوفة أبدًا للتوظيف الذي عليها، وأرض الصلح بخلاف هذه؛ لأنه إن أسلم المصالح سقط الوظيف عن أرضه، وقاله أحمد بن عبد الملك وأجاب ابن رُشْد فيمن اشترى نصف قرية عليها وظيف والتزم منه أكثر مما ينوب نصف القرية إن لم يشترط البائع على المبتاع أن يحمل عنه من لوازم ما بقي له بقدر الزائد الذي التزمه فالبيع جائز، ولا يلزم المبتاع إلا مناب البيع وإن اشترط عليه حمل ذلك عنه فالبيع فاسد إن شرط ذلك فيه، وإن انعقد ذلك بعد عقد التبايع على الطوع حسبما جرت به عادة كتاب العقود وادعى أحدهما أن البيع انعقد على الشرط وكذبه الآخر فالقول قول من ادعى الشرط منهما مع يمينه للعرف ويفسخ البيع، وإن اتفقا على أنه على الطوع صح البيع ولزم المبتاع ما طاع به إلى الأمد الذي يزعم أنه نواه مع يمينه، وإن مات سقط عنه ما طاع به من ذلك.

قال ابن عات: ظاهر كلام ابن رُشْد: هذا أنه يجوز التبري من ذلك في أصل البيع.

ابن زَرْب: الذي به الفتيا والقضاء ببلدنا فيمن باع وتبرأ إلى البائع بالعشور إن كان في أوان الزراعة فالعشور على المشتري، وإن كان بعد مضي أوان الزراعة، ولم يشترط على المشتري فهو على البائع وإن اشترى الملك بالزرع واشترطه فالعشور عليه، وإن ابتاع في أوان الزرع وقد زرع البائع ولم يشترط المبتاع فالعشور على البائع وإن اشترى وقد فات أوان الزراعة ولا زرع في الأرض ولم يشترط البائع على المشتري فالعشور على البائع، وإن اشترى في أوان الزراعية وضيع ولم يزرع حتى مضى وقت الزراعة فالغرم على المشتري؛ لأنه ضيع الزراعة ولو شاء لزرع.

قُلتُ: ويجري عليه لو وقع بيع أرض الجزاء ببلدنا مع السكت عن من يكون عليه جزاء عام البيع، فإن كان قبل فوات معظم وقت دفعه فهو على المبتاع وإلا فهو على البائع، وإن اختلفا فيمن شرط عليه تحالفا وتفاسخا إن لم يفت المبيع، وإلا فالقول قول من القول قوله في حال السكت مع يمينه.

ابن سهل في أحكام ابن زياد البيان في العشور بعد الصفقة براءة، ولا يتم حتى يبين قمحه من شعيره، وأين يورد؟ وعن من؟ وكيف؟ فإنه، قد يعلق عن قليل فتخف المؤنة ويعلق عن عدد كثير فيكون ضررًا، وذلك عيب يوجب الرد، فإن قال البائع: إنه بين ذلك وأنكره خصمه حلف المنكر إلا أن تقوم عليه بينة، وله رد اليمين، قاله ابن لبابة وغيره.

زاد المتيطي عن ابن زَرْب: إن ادعى أحدهما أنهما علما الوظيف قبل البيع ودعى إلى يمين صاحبه، وجبت عليه، وإن قامت بينة، بأن تبريهما كان بعد العقد للعرف أن المبتاع لا يبتاع ملكًا حتى يعرف ما عليه من الوظيف، قال: ولا أرى لمن اطلع على معرفتها بالوظيف قبل عقد البيع أن يعقد لهما عقد البيع والتبري.

قُلتُ: هذا مع ما تقدم له من العرف يوجب أن لا يعقد لهما عقد البيع والتبري مطلقًا.

[باب في بيع العربان]

بيع العربان: روى أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه قال: «**نهى رسول الله ﷺ عن بيع العربان**»[1]. قال عبد الحق: هذا الحديث مع ما في إسناده من الكلام هو عنده منقطع؛ لأنه رواه عن القعنبي عن مالك أنه بلغه عن عمرو بن شعيب، عن أبيه عن جده ورواه ابن وَهْب عن ابن لهيعة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ذكر ذلك أبو عمر، وقال أبو أحمد بن عدي يقال: إن الثقة هٰهنا هو ابن لهيعة،

---

(1) أخرجه مالك: 2/ 609 في البيوع: باب ما جاء في بيع العربان، وأبو داود: رقم (3502) في الإجارة: باب في العربان، وأخرجه ابن ماجه: رقم (2192) في التجارات: باب بيع العربان.

والحديث عنه عن عمرو بن شعيب مشهور.

وفي مصنف عبد الرزاق: أخبرنا الأسلمي عن زيد بن أسلم قال: **«سئل رسول الله ﷺ عن العربان في البيع فأحله»**.

قُلتُ: لزيد: ما العربان؟ قال: هو الرجل يشتري السلعة فيقول إن أخذتها وإلا رددتها ورددت معها درهمًا، هذا مرسل وفي إسناده السلمي.

قُلتُ: هو مرمي بالكذب، وبيع **العربان** فسره في الموطأ **بإعطاء** المبتاع البائع أو المكري درهمًا أو دينارًا على إن أخذ المبيع فهو من الثمن وإلا بقي للبائع[1].

أبو عمر: ما فسر به مالك عليه فقهاء الأمصار؛ لأنه غرر وأكل مال بالباطل ولمالك من اشترى شيئًا وأعطى عربانًا على إن رضيه أخذه، وإن سخطه رده وأخذ عربانه لا بأس به.

الباجي عن ابن حبيب: العربان الجائز أن يبتاع شيئًا بالخيار فيدفع بعض الثمن مختومًا عليه إن كان لا يعرف بعينه على إن رضي جعله من الثمن وإلا رجع إليه، وصح النهي عن ثمن الكلب، ومر ما فيه من الخلاف.

---

(1) قال الرَّصاع: قال الشَّيخ: فسره في الموطإ بإعطاء المبتاع البائع أو المكري درهما أو دينارا على أنه إن تم البيع فهو من الثمن وإلا بقي للبائع فظاهر كلام الشَّيخ: أن هذا يصلح به التعريف لبيع العربان فيقال ما سر كون الشَّيخ لم يبحث فيه كما بحث مع ابن رُشْد في تفسيره بيعتين في بيعة مع أن معروض النهي إنما هو بيع العربان كما تقدم والإعطاء المذكور وقع في البيع لا أنه نفس البيع فتأمله، فإن الجاري على ما قدمه أن يقول عقد أعطى فيه المشتري إلخ، وظهر في سر تخصيص الأولى بالرد جواب فيه تأمل وذلك أنه وقع في بعض الروايات أن النبي ﷺ سئل عن العربان في البيع ووقع في أبي داود أنه ﷺ: «نهى عن بيع العربان» فعلى هذا معناه عربان وقع في البيع ويكون التفسير للعربان لا للبيع الذي فيه عربان فالعربان في البيع هو الإعطاء المذكور وهذا لا يخلو من بحث سيما، والشَّيخ قال: وبيع العربان فسره في الموطإ... إلخ ولا يخلو من مسامحة في ذلك للأقدمين وقد وقع في الرواية أن زيدا الراوي قيل له: ما العربان؟ قال: هو الرجل يشتري السلعة فيقول إن أخذتها وإلا رددتها وزدتها معها سلعة، وهذا الحديث ضعفه الشَّيخ ورمى راويه بالكذب والله سبحانه أعلم وهو الموفق للصواب بمنه.

[باب في بيع الولد دون أمه أو العكس]

وروى الترمذي عن أبي أيوب قال: «**سمعت رسول الله ﷺ يقول: من فرق بين الوالدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة**»[1]، قال: حديث حسن غريب.

قال ابن القطان: في باب ذكر مضمن كتابه ما نصه: حسنه، وينبغي أن يقال صحيح، وقال في غيره قبل ذلك ما نصه: إنما لم يصححه؛ لأنه من رواية ابن وَهْب عن حسن بن عبد الله عن أبي عبد الرحمن هو الجل عن أبي أيوب وحسن هذا: قال البخاري فيه نظر وقال أحمد أحاديثه مناكير.

وقال ابن معين: ليس به بأس فلأجل الاختلاف فيه لم يصححه.

قُلتُ: وهذا تقرير لعدم تصحيحه وظاهر في قبوله عدم تصحيحه وهو مناف لقوله، فينبغي أن يقال فيه صحيح، ويرد قوله: (ينبغي) قول الشَّيخ تقي الدين ابن دقيق العيد في إلمامه، أخرجه الحاكم، وقال: صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه.

قُلتُ: وفي كونه على شرط مسلم نظر؛ لأنه لم يخرج له شيئًا في صحيحه.

قال ابن القطان: عن الأشراف بعد ذكره الحديث المذكور أجمع أهل العلم على القول بهذا الخبر إذا كان الولد طفلًا لم يبلغ سبع سنين، واختلفوا في وقت التفرقة بينهما.

[باب في التفرقة بين الأم وولدها في البيع]

وفي حدها بالإثغار [illegible] أو باستغنائه عن أمه ومعرفته ما يؤمر به وينهى عه أو بعشر سنين أو سبع.

خامسها باحتلامه للخمي عن مالك مع المازري عن المشهور عنه وعن ابن القاسم واللخمي عن ابن القاسم وابن وَهْب والصقلي مع المازري عن ابن حبيب ورواية ابن غانم، وسادسها: لابن عبد الحَكم : لا يفرق بينهما أبدًا واستبعده المازري، ووجهه الصقلي بعموم الحديث، المتيطي عن بعض الموثقين بالأول العمل ولا يلحق

---

[1] أخرجه الترمذي رقم (1283) في البيوع، باب كراهية الفرق بين الأخوين أو بين الوالدة وولدها في البيع.

بالأم غيرها.

اللخمي: لمحمد عن بعض المدنيين: الأب كالأم وهو أحسن لمقاربة مشقة التفرقة فيه بتفرقة الأم، وقد يكون بعض الآباء أشد حنانًا ولا يلحق بهما غيرهما اتفاقًا، وفي كون البيع لحق الأم أو الولد في حضانته نقلا اللخمي.

زاد الثاني بأنه لو كان كذلك لثبت له في كل ذات حضانة.

ابن محرز: روى ابن القُصَّار: إن بيع ولد دون أمه فسخ إلا أن تختار الأم ذلك.

اللخمي: في جواز التفرقة برضى الأم روايتا ابن عبد الحكم ومحمد، وعزاهما ابن رُشْد لابن عبد الحكم مع رواية أشهب، وأخذ بعضهم من قولها في التجارة بأرض الحرب، وابن القاسم مع ابن نافع، وقولها وفي لزوم فسخه، أو إن لم يجمعاهما في ملك أحدهما، ثالثها إن لم يجمعاهما فيه بيعاض معًا للمازري عن القاضي مع ابن حبيب عن مالك وأصحابه ومحمد.

المتيطي: عنه إن لم يعلم به حتى مضى حد التفرقة تم البيع، وفيها لم أسمع من مالك فيه شيئًا، وأرى إن لم يجمعاهما في ملك واحد فسخ ويأتي له في بيعهما من عبد وسيده صحة جمعهما ببيعهما معًا اللخمي، وعلى الأول إن فات بحوالة سوق لم يفسخ ومضى بالقيمة وجبرا على الجمع، وللمازري وعبد الحق عن ابن عبدوس يمضي بالثمن.

اللخمي: أرى إن علما جبرهما على الجمع فسد بيعهما لجهلهما ما به يقع الجمع، وإن علمه أحدهما، فعلى علم أحد المتبايعين بالفساد.

المازري: هذا إن دخلا على امتثالها حكم الشرع فالجمع واضح وإلا فلا غرر.

اللخمي: وإن جهلاه فلا فساد وللمبتاع الرد بعيب جبره على بيع ماء ابتاع أو ابتياع الأم، وللبائع الرد بعيب جبره على بيع الأم، إن لم يشتر الولد.

المازري: سبب هذا العيب منهما لا من البائع فقط، ففي الرد به نظر اللخمي لو حدث بالولد عيب خير المبتاع في حبسه والرجوع بمناب ما بين قيمته على جبره على بيعه إن لو جاز ذلك، وقيمته دونه من الثمن أو رده مع قيمة العيب الحادث، وللبائع أن يقوم بحقه ما لم يفت الولد بعيب ومثله إذا دخل على الوجه الفاسد وفات المبيع بحوالة

سوق غرم المشتري قيمته على أنه مطالب بالجمع؛ لأنه أبخس قيمته لا على أنه غير مطالب، وإن لم ينظر في ذلك حتى فات المبيع أو الباقي في يد البائع لم تتغير القيمة، وإن كانا دخلا على الوجه الصحيح ثم مات الولد أو الأم فلا رد للمشتري، ولا مقال لذهاب العيب ولو لم ينظر في ذلك حتى بلغ الولد حد التفرقة لم يرد البيع ويسقط حكم الجمع، وإن دخلا على الوجه الفاسد لم تتغير القيمة.

فضل عن ابن حبيب يضرب بائع التفرقة ومبتاعها إن علما ضربًا وجيعا، وقاله مالك وكل أصحابه، عبد الحق عن سَحنون: من باع كبيرة وصغيرة فإن كانت جل الصفقة فسخت فيهما إن لم يجمعا، وإلا فسخ فيهما فقط.

[باب في الإيصاء بالولد دون أمه أو العكس]

والإيصاء بأحدهما أو إعطاؤه دون عوض لا يفسخ، وفي الاكتفاء بجمعهما في حوز أو ملك قولها بزيادة ثم لمن شاء البيع منهما جبر الآخر له معه وإن لم يجمعاهما في حوز واحد منهما باعاهما معًا مع اللخمي عن الأخوين ومالك ورواية محمد وله عن ابن القاسم: إن باع أحدهما وتصدق بالآخر لم يفسخا وبيعا جميعًا.

أصبغ: هذا رجوع عن الفسخ.

الصقلي: لما بدأ بالبيع وجب جمعهما في ملك ولو بدأ بالهبة كفى جمعهما في حوز.

المازري: ليس في كلام محمد ما يشعر بترتيب، وفي حوز عطية الولد بمجرد حوزه، وإن عصى بالتفرقة أو مع أمه، ثالثها بالإشهاد فقط، مع قيام لمعطى بمؤنة الولد، وإن كان مع أمه.

للصقلي عنها: ولابن حبيب عن ابن القاسم والأخوين.

[باب في من وهب الولد دون أمه]

وفي جبر واهب الولد على دفع الأم معه ليتم الحوز نقل ابن محرز عن سَحنون. وقوله: قالوا: لا يلزم الواهب تسليمها للحيازة مع نقله عبد الحق عن بعض الناس قائلًا: بخلاف وجوب تسليم أصول التمر الموهوب معه؛ لأنه لا يتعدى لغيرها.

الصقلي: في وجوب إرضاع الأم الولد وسقوطه، ثالثها: يحلف الواهب ما أراده، لابن حبيب عن أحد قولي ابن القاسم، ونقل محمد عنه وعن ابن حبيب عن أول قوليه.

وفيها: هبة أحدهما لثواب كبيع، وعيب أحدهما يوجب رد الآخر برده، ومن باع أمة بخيار له ثم ابتاع ابنها قبل بته فإن فعل رد إلا أن يجمعاهما في ملك واحد، فإن كان الخيار لمبتاعها ببتة أجبرا على جمعهما في ملك أو بيعهما معًا، ونقلها المازري واللخمي بلفظ، وللمشتري بت البيع.

المازري: تعقبت تفرقته بينهما بأن عقد الخيار إذا أمضي عد ممضي يوم وقع جاز لهما الإمضاء، إذ لا تفرقة حينئذ، وإن لم يعد ممضى إلى يوم أمضى منع المبتاع من بته كالبائع ونحوه قول اللخمي فتخرج منه المبتاع بتة من القول فيمن اشترى جارية حاملًا فولدت في أيام الخيار.

قال ابن القاسم في العتبية: الولد للبائع وللمشتري قبول الأم؛ لأن أصل البيع كان جائزًا، ثم يجمعانها في ملك ولاينقض البيع، وقال أصبغ: ينتقض إن لم يجمعاهما كابتداء شراء على التفرقة ويتخرج إمضاء البائع البيع من قول ابن حبيب إن جنى العبد في أيام الخيار ثم قبل الأرش للمشتري ووجه التونسي تفرقتهما بتهمة البائع على إرادته فسخ صفقة المبتاع بابتياعه الولد.

قُلتُ: وتقريره: التزام كون أنه ممضي يوم بته لا يوم وقع، وجاز للمباع بته معاملة للبائع بنقيض قصده في تهمته على إرادة نقض صفقة المبتاع ونحوه لابن محرز قال: وحمل أَصْبَغ قول ابن القاسم على التناقض.

قُلتُ: فيلزم منع المبتاع بته في إرث البائع الولد أو شرائه له وكيل له لم يعينه له.

وفيها: بيع أحدهما من عبد مأذون له وبيع الآخر من سيده تفرقة إن لم يجمعاهما في ملك أحدهما باعهما معًا، وإلا فسخ بيعهما وتعقبه التونسي فإن أصله كلما أمكن الوصول للغرض المقصود لم يفسخ ا لبيع، فإذا جاز بيعهما معًا أمكن الوصول للغرض المقصود، وكلما أمكن الوصول إليه لم يفسخ البيع كقوله في بيع المصحف من نصراني.

قُلتُ: يرد بأن تحصيل المقصود إنما يمنع الفسخ إذا كان بيع لا غرر فيه بحال كبيع

المصحف،وفيه هنا غرر جمع الرجلين سلعيتهما في البيع مقابل غرره مفسدة الفسخ فجاء التخيير في ارتكاب أحدهما، وبه يتضح أن جواب المازري بقوله: إن البيع منهما معًا بتراضيهما كانتزاع السيد ما بيد عبده فصار بيعهما لهما معًا كبيع مالك واحد لهما تقرير للسؤال لا للجواب، وبعدما ذكرته من الجواب وجدته للمازري جوابًا عن مناقضة محمد لابن القاسم في قوله بعدم فسخ بيع المسلم من النصراني مصحفًا لإمكان بيعه عليه، وفسخ بيع التفرقة مع إمكان بيعهما عليهما.

وفيها: بيع نصفهما معًا غير تفرقة.

ابن محرز قالوا: لو كانت الأمة بين رجلين فاشترى أحدهما ولدها فليس بتفرقة؛ لأنه إن فلس من هما له بيعا معًا، وإن فلس الآخر بيع نصفه فقط قال: ويؤديه قول عتقها، الثاني: من دبر جنين أمة بينهما تقاوياه عند وضعه ولم يقل إذا صار لأحدهما أمرًا بالجمع بينهما، وقال: بيعا.

التونسي لم يجعل ذلك تفرقة في ظاهر جوابه؛ لأنه قد يصير للذي لم يدبر فيكون رقًا له والأمة بينهما ولعمري إنه يشبه إنه ليس بتفرقة؛ لأنه متى فلس أحدهما بيعت الأمة كلها مع جملة الولد إذا كان رقًا إذ لا بد من بيع جملتها للضرر الداخل على المشتري في بيع نصيبه مفردًا، وقد عارض هذه سَحنون وكأنه أشار إلى أنها تفرقة ونحوه للمازري وصرح بأن في انفراد أحدهما بأحدهما من شركتهما في الآخر قولين في كونه تفرقة أولًا، وصرح اللخمي بقول سَحنون إن ذلك تفرقة قال: وهو أقيس، وقد يكون قصد ابن القاسم الكلام على حكم التدبير فقط أو ذهب إلى قول ابن حبيب بالجمع في الحوز فقط.

قُلتُ: وما تقدم لابن محرز من بيع نصيب المفلس وحده خلاف نقل التونسي والمازري وهذا هو ظاهر المدَوَّنة والأمهات.

اللخمي والمازري إن وجدت الأم بيد رجل والولد بيد آخر بيعا عليهما إن لم يجمعاهما في ملك أحدهما.

قُلتُ: هو نصها وفيها: من ابتاع أمة وولدها في ملكه وكان لابنه الصغير فلا يفرق بينهما في البيع.

قُلتُ: ظاهره في مسألة كون الولد لابنه الصغير عدم الجبر على جمعهما في ملك والاكتفاء باجتماعهما في الحوز لعدم تسببه في التفرقة.

وفيها لابن القاسم: إذا نزل الروم ببلدنا تجارًا ففرقوا بين الأم وولدها لم أمنعهم وكرهت للمسلمين شراءهم متفرقين.

اللخمي: إن باعوا ذلك من ذمي لم يعرض له.

ابن محرز: إن باعوهم من مسلم أو ذمي جبروا على الجمع بينهم وإلا فسخ البيع، وقال الشَّيخ: لا يفسخ؛ لأنه تبع للصغير من الكبار؛ بل يباعون من مسلم.

اللخمي: وأرى إن كانا لذمي ففرق بينهما بالبيع من ذمي أن يجبرا على الجمع؛ لأنه تظالم ومضرة على الأم كما لو أضربها.

المازري: هذا إن كانت التفرقة عندهم لا تجوز فإن كان ذلك في دينهم سائغًا ففيه نظر، وبعض أشياخي أطلق القول بمنعهم.

[باب في وسائل إثبات النبوة المانعة من التفرقة]

وتثبت البنوة المانعة من التفريق بالبينة أو إقرار مالكها أو دعوى الأم مع قرينة صدقها.

اللخمي: إن قدم رجل بامرأة وآخر بصبي فادعت أنه ولدها فإن سبيا معًا أو اشتريا من بلد واحد جمع بينهما، وإن علم أنهما من بلدين كشف عن أمرهما، وإن لم يعلم هل هما من بلد أو بلدين جمعا؛ لأن ذلك لا تلحق فيه تهمة ولا يخفى أمرهما فيما يتبين من حنان الأم، وشدة وجدها، وفيها لمالك: إن قالت امرأة من السبي: هذا ابني لم يفرق بينهما ولا يتوارثان بذلك.

يحيي بن عمر: إن كبر الولد منع من الخلوة بها.

ابن محرز: لأنها إنما صدقت فيما لا يثبت حرمة بينهما؛ لأنها لو قالت: هذا زوجي أو قال: إنها زوجتي لم يصدقا.

قُلتُ: في استدلاله بالنكاح نظر؛ لأن السبى يهدمه إلا أن يريد فيمن سبيت بعد خروج زوجها مسلمًا، وفيها: لمن أعتق ابن أمته الصغير بيع أمه ويشترط على مبتاعها

نفقة الولد ومؤنته زاد فيها في سماع ابن القاسم في التجارة بأرض الحرب.

قال مالك: وإن بيعت بغير أرضها فلا بأس.

ابن رُشْد: يريد باشتراط النفقة والمؤنة إلى أن يبلغ حد التفرقة قاله ابن القاسم في العشرة يريد وترجع عليه النفقة إلى بلوغه، وفي جواز نقد البيع خلاف أجازه هنا.

وفيها قال في العشرة: استحساناً لئلا يترك الصبي دون نفقة أو يمنع سيده من بيعه فإن مات الصبي فلا شيء للبائع على المشتري؛ لأنه إنما قصد بذلك كفاية المؤنة لا التزيد في الثمن.

وقال سَحنون: لا يجوز البيع إلا لضرورة فلس أو شبهه، وقيل: لا يجوز بحال لغرر احتمال موتة قبل حد التفرقة وبقائه لها، وقيل: جائز، وإن مات قبل التفرقة، تبع البائع المبتاع بقدر ذلك من قيمة الأمة،وهو الآتي على سماع عيسى في جامع البيوع، ولو شرط أن النفقة مضمونة على المبتاع لحد الإثغار إن مات الولد قبله جاز البيع اتفاقاً.

قُلتُ: هذا هو معنى نقل الصقلي عن محمد: شرط: بيعه بأنه إن مات قبل الإثغار أتى بمثله وليس لأمه تركه وإن كانت له جدة.

قُلتُ: لأنه حق على البائع في عين الأمة وكتابة أحدهما غير تفرقة ولا يبيح كتابة أحدهما دون الآخر ولا العكس وكذا التدبير.

الصقلي: لو حدث بعد تدبير أحدهما دين لم يبع له أحدهما، فلو مات المدبر، واستغرقهما الدين، بيعًا معًا، وإن كان في بيع غير المدبر أو بعضه للدين ما يعتق فيه المدبر وجب، وإلا بيعا منهما بالسوية بقدره وعتق من المدبر الباقي ومنعت التفرقة فيما بقي.

قال ابن حبيب: لو دبر النصراني ولد أمته ثم أسلمت لم تبع للتفرقة ولا الولد للتدبير ويعزلان عنه، تؤاجر الأم لحد التفرقة، وكذا عتق أحدهما لأجل.

اللخمي: ويجوز بيع أحدهما مع خدمة الآخر لأجل حد التفرقة إن ساوى أجل العتق حد الإثغار أو زاد عليه.

وقال التونسي: فيه نظر لاحتمال فسخ بيع الخدمة لمرض ونحوه، ورده المازري بلغو اعتبار النادر.

اللخمي: إن عتق الولد لأجل لا خدمة له فيه شرط على مبتاع أمه نفقته لبلوغ سعيه إن كان أجل العتق قبله، وإن تأخر عنه إلى أن يبلغ الخدمة، بيع منها إلى حد التفرقة للضرورة، إذ لا يجوز لو لم يبع الأم بيع الخدمة إذا كان لا يشرع في قبضها إلا إلى أجل قريب وإيلاد أمة لها ولد صغير يمنع بيعه وفيها: لا بأس ببيع أحدهما للعتق وليس العتق بتفرقة.

قُلتُ: فيه على لزوم فسخ بيع التفرقة نظر لتأخر العتق عنه، وصح حديث ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: **«لا يبع بعضكم على بيع بعض»**[1] أخرجه مالك ومسلم وأبو دود وعند ابن ماجة عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: **«لا يبيع الرجل على بيع أخيه ولا يسوم على سوم أخيه»**[2] الباجي: معنى لا يبيع: لا يشتري.

ابن حبيب: إنما النهي للمشتري لا للبائع.

الباجي: يحتمل حمله على ظاهره فيمنع البائع أيضًا أن يبيع على بيع أخيه، وإنما خصه ابن حبيب بالمشتري؛ لأن الإرخاص مستحب مشروع.

عياض: الأولى حمله على ظاهره وهو أن يعرض سلعته على المشتري برخص ليزهده في شراء التي ركن إليها من عند غيره.

قُلتُ: وهو دليل لفظ حديث ابن ماجه، وفي الموطأ لمالك: إنما النهي إذا ركن البائع للسائم، وجعل يشترط وزن الذهب، ويتبرأ من العيوب، وشبه ذلك مما يعرف به أن البائع أراد مبايعة السائم، فإن وقع المنهي عنه ففي فسخه، ثالثها ما لم يفت لسماع سَحنون عن ابن القاسم ورواية ابن حبيب وأبي عمر وعلى الثاني روى ابن حبيب: يعرضها على الأول بالثمن، زادت أو نقصت، وسمع سَحنون ابن القاسم يؤدب فأطلقه ابن رُشْد: وقال الباجي: لعله يريد من تكرر ذلك منه بعد الزجر وعلى العرض. روى ابن حبيب إن أنفق فيها ما زادت به غرمه الأول مع الثمن وإن نقصت لم يحط من

---

(1) البخاري في البيوع: 4/313 في البيوع، باب النهي عن تلقي الركبان، ومسلم: رقم (1412) في البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه.

(2) أخرجه ابن ماجه: رقم (2172) في كتاب التجارات باب لا يبيع الرجل على بيع أخيه ولا يسوم على سومه.

الثمن، والمذهب قصره على بيع المساومة.

الباجي والمازري: وهو وقف السلعة ليسوم بها من يريد شراءها. المازري وقفها بحانوت أو غيره.

[باب في بيع المزايدة]

الباجي: روى محمد: الذمي كالمسلم والمذهب عدم اندراج بيع المزايدة فيه، لحديث أنس أن رسول الله ﷺ باع حلسًا وقدحا، وقال: من يشتري هذا الحلس والقدح؟ فقال رجل: أخذتهما بدرهم، فقال رسول الله ﷺ: **«من يزيد على درهم؟ فأعطاه رجل درهمين فباعهما منه»**(1) أخرجه الترمذي وقال: حديث حسن، ولم يتعقبه ابن القطان، وذكره عبد الحق في كتاب الزكاة من طريق أبي داود وفيه قصة: والحلس والقدح كانا لرجل شكا الفاقة، وبلفظ أبي داود ذكره ابن رُشْد في سماع عيسى ابن القاسم من كتاب الجعل: سمعه من زاد المنادي على بيع ثوب من ميراث ثم بدا له لزمه البيع ولو زاد رجلان فيه. قال: هذا دينار، وقال: هذا دينار، وطلب الصائح الزيادة فلم يزد فأوجب لهما فبدا لهما أو لأحدهما لزمهما البيع وهما شريكان فيه، عيسى لا يعجبني هذا وهو للأول، ولا أرى للصائح أن يقبل من أحدهما ما أعطاه غيره فهو للأول إلا أن يعطياه جميعًا دينارًا معًا فهما شريكان.

ابن رُشْد: حكمه أن كل من زاد لزمه البيع بما زاد إن أراد ربها إمضاءها له بما أعطى فيها ما لم يسترد سلعته فيبيع بعدها أخرى أو يمسكها حتى يمضي مجلس النداء، وهو مخير في إمضائها لمن شاء ممن أعطى فيها ثمنًا، وإن كان زاد غيره عليه هذا الذي أحفظه من قول أبي جعفر بن رزق وهو صحيح؛ لأن من حق ذي السلعة أن يقول لمن أراد أن يلزمها إن أبى، وقال: بعها ممن زادك أنا لا أحب معاملة الذي زادني وليس طلبي الزيادة وإن وجدته إبراء مني لك فمعنى قول ابن القاسم لزمهما البيع، وهما

---

(1) أخرجه الترمذي: رقم (1218) في البيوع، باب ما جاء في بيع من يزيد، والنسائي: 7/ 259 في البيوع، باب البيع فيمن يزيد، أبو داود: رقم (1641) في الزكاة، باب ما تجوز فيه المسألة، ورواه أيضًا ابن ماجه: رقم (2198) في التجارات، باب بيع المزايدة.

شريكان، إذا أسلم البائع لهما السلعة، ولم يختر أحدهما دون الآخر، وكذا قول أَصْبَغ إنها للأول، معناه: إذا قال: أمضيتها لمن هو منكما أحق بها، وقول ابن القاسم هو القياس؛ لأن الأول لا يستوجب السلعة بما أعطى إلا أن يمضيها له صاحبها، وكذا الثاني فلا مزية لأحدهما على الآخر وقول أَصْبَغ استحسان.

ابن حبيب: إن فارق المشتري البائع في بيع المساومة دون إيجاب لم يلزمه بعد ذلك بخلاف بيع المزايدة، يلزمه ما أعطى بعد الافتراق؛ لأن المشتري إنما فارقه في المزايدة على أنه استوجب البيع.

المازري: لا وجه للتفرقة إلا الرجوع للعوائد ولو شرط المشتري إنما يلتزم الشراء في الحال قبل المفارقة أو شرط ا البائع لزومه له، وإنه بالخيار في أن يعرضها على غيره أمدًا معلومًا أو في حكم المعلوم لزم الحكم بالشرط في بيع المساومة والمزايدة اتفاقًا، وإنما افترقا للعادة حسبما علل به ابن حبيب الفرق بينهما، وإنما نبهت على هذا؛ لأن بعض القضاة ألزم بعض أهل الأسواق في بيع المزايدة البيع بعد الافتراق، وكانت عادتهم الافتراق على غير إيجاب اغترارًا بظاهر قول ابن حبيب وحكاية غيره فنهيته عن هذا لأجل مقتضى عوائدهم.

قُلتُ: والعادة عندنا اللزوم ما لم يبعد زمن المبايعة حسبما تقرر قدر ذلك عندهم، والأمر واضح إن بعد والسلعة ليست في يد المبتاع، فإن كانت بيده موقوفة، ففيه نظر، والأقرب اللزوم كقولها: إن بعد من مضي الخيار والسلعة في يد البائع والخيار للمبتاع أن لا حق فيها للمبتاع إلا إن عرفنا في بيع المزايدة إنه لا يتم العقد ولو طال مكثها بيد المبتاع إلا بنص إمضائه، وسمع القرينان: من باع رقيقًا بين أنه يصيح عليها ثلاثة أيام للزيادة، إن أمضى البيع بعدها بيومين وشبهها لزم المبتاع وبعد عشرين ليلة لا يلزمه.

ابن رُشْد: هذا كقولها في البيع على خيار ثلاثة أيام لا يلزم بمغيب الشمس من آخر أيام الخيار، وإن له الرد بعد مضي أيام الخيار ما لم يتباعد؛ لأنه إذا بين أنه يصيح عليها ثلاثة للزيادة فكل من أعطاه شيئًا تنقض الشراء على أن البائع بالخيار ما لم تنقص أيام الصياح، وعلى القول أن ليس له رد السلعة التي اشترى بعد انقضاء أيام الخيار ليس له أن يلزمه الشراء بعد انقضاء أيام الصياح، ولو كان العرف في بيع المزايدة أن يمضي أو

يرد في المجلس ولم يشترط الصياح عليه أيامًا لم يلزمه الشراء بعد أن ينقلب بالسلعة عن المجلس، وروي هذا عن ابن القاسم فيمن يحضر المزايدة في بيع الميراث أو متاع الناس فيزيد ثم يصاح عليها فينقلب بها أهلها ثم يأتونه بالغد فيقولون: خذها بما زدت إن انقلبوا بها أو تركوها في المجلس وباعوا بعدها أخرى لم يلزمه ذلك إنما يلزم هذا في بيع السلطان الذي يباع على أن يستشار وجدت هذه المسألة لابن القاسم بخط أبي عمر الإشبيلي وهي صحيحة على أصولهم.

[باب في بيع الحلي مزايدة بعين أو أصلها]

وبيع الحلي مزايدة بعين أو أصلها ممنوع على المعروف في الصرف بخيار، وأخفه بيعه على خيار المشتري على رأي ابن رُشْد عن المذهب جواز النكاح على الخيار من الجانبين لا على نصها بمنعه.

[باب بيع النجش]

وبيع النجش منهي عنه صح في حديث المعراة في صحيح مسلم: **«ولا تناجشوا»**[1]، وفي الموطأ عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ: **«نهى عن النجش»**[2].

قال مالك: والنجش: أن تعطيه بسلعته أكثر من ثمنها وليس في نفسك اشتراؤها فيقتدي بك غيرك، قول المازري وغيره، والناجش الذي يزيد في السلعة ليقتدي به غيره أعم من قول مالك لدخول إعطائه مثل ثمنها أو أقل في قول المازري وخروجه عن قول مالك[3].

---

(1) أخرجه البخاري: 4/309 في البيوع: باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم، ومسلم: رقم (1515) في البيوع: باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه وسومه على سومه، وتحريمه النجش.

(2) أخرجه البخاري: 4/298 في البيوع: باب النجش، وفي الحيل: باب ما يكره من التناجش، ومسلم: رقم (1516) في البيوع: باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه وتحريم النجش، والموطأ: 2/684 في البيوع: باب ما ينهى عنه من المساومة والمبايعة.

(3) قال الرَّصاع: نقل الشَّيخ: عن الموطإ أنه قال مالك: النجش أن تعطيه بسلعته أكثر من ثمنها وليس

وقال ابن العربي في العارضة ما نصه: النجش أن يزيد الرجل في السلعة من غير رغبةٍ في شرائها، وإنما ذلك ليغتر به المشتري فيظن أنه من رغبته فيرغب برغبته فينفقها عنده ويستثني من ماله ما كان كامنًا لا يخرجه وهو حرام لا يحل لأجل النهي عنه، ثم قال: والذي عندي إن بلغها الناجش قيمتها ورفع الغبن عن صاحبها فهو مأجور ولا خيار لمبتاعها.

قُلتُ: كان بعض من كان مشهورًا بالخير والصلاح ومعرفة صالحي الشُيُوخ وكان له شهرة تجر في الكتب إذا حضر سوق الكتب فيستفتح للدلالين في الكتب ما يبنون عليه في الدلالة ولا غرض له في شراء الكتاب الذي يستفتح ثمنه وهو جائز على ظاهر تفسير مالك، واختيار ابن العربي لا على ظاهر تفسير المازري، ففي منع إعطاء من لا يريد شراء سلعة ثمنًا فيها مطلقًا، وجوازه إن لم يزد على قيمتها، ثالثها: استحباب هذا لظاهر قول الأكثر، ودليل قول مالك وابن العربي، وحيث يمنع إن وقع بأمر البائع، ففي لزوم فسخ البيع واختيار المبتاع في رده وإتمامه، نقل المازري، ورواية القزويني مع ابن الجهم، والمشهور.

قال ابن حبيب: نجش من هو من ناحية البائع كعبده وولده من غير أمره كأمره.

زاد الباجي أو شريكه قالا عنه: وإن لم يكن من سببه لزم البيع ولا شيء على البائع والإثم على الناجش.

ابن العربي: حكم ابن حبيب بفسخ البيع خروج عن طريق النظر.

قُلتُ: لم أعرف من نقله عن ابن حبيب غيره، والذي في النوادر عن ابن حبيب في =

في نفسك شراؤها فيقتدي بك غيرك ثم نقل عن المازري وغيره أن الناجش الذي يزيد في سلعة ليقتدي به غيره.

(فإن قلت): ظاهر كلام الشَّيخ أنه سلم هذين الرسمين من جهة صادقية الجنس على المحدود والناجش لا يصدق على بيع النجش ولا يحمل عليه وكذلك ما فسر به مالك.

(قُلتُ): ليس هو تفسير لبيع النجش، وإنما هو تفسير للنجش، وهذا مصرح به في كلام مالك، ويؤخذ من كلام المازري باللازم، ولما نقل الشَّيخ: عن مالك: ما تقدم قال: وكلام المازري أعم من كلام مالك: وهو حسن وتأمل لأي شيء لم يأت في بيع النجش بحد يخصه ويقول بيع اشتمل على زيادة إلخ.

واضحته تخيير المبتاع كالمشاورة، وحيث يخير المشتري إن فات المبيع. قال الباجي والمازري: لزم المشتري الأقل من ثمنها أو قيمتها.

قال ابن عبد السلام: ما لم تنقص القيمة عن ثمن المبيع قبل زيادة الناجش إن كان هناك مزايد.

قُلتُ: إن أراد والثمن الكائن قبل النجش كان من المشتري فحسن وإلا فلا إذ لا يلزم أحدا ما التزمه غيره، وسمع القرينان لا بأس ببيع الرجل سلعته فيقول أعطيت فيها ثلاثين دينارًا وهو صادق إن كان أعطاه قريبًا صحيحًا لا قديمًا ولا نجشا.

ابن رُشْد: إن ثبت كونه قديمًا أو أنه لم يعط بها ما قال، فالمبتاع مخير في إمساكها بالثمن المذكور، وردها إن لم تفت وإلا لزمته بالأقل من الثمن أو القيمة على حكم الغش والخديعة في البيع، وفي فوتها بما يفوت به البيع الفاسد أو بالنماء والنقصان قولان وسمع ابن القاسم من قال لذي حائط ببيعه: انظر ما أعطيت فيه ولك زيادة دينار، ثم لقيه فقال: أعطيت مائة دينار فزاده دينارًا وقبض الحائط، ثم سأل من زعم أنه أعطاه مائة دينار فقال: إنما أعطيته تسعين شراؤه لازم؛ لأنه صدقه، ولو شاء تثبت، وكذا الجارية تباع بالسوق يقول ربها: أعطيت بها مائة دينار فيصدقه ويربحه على ما قال، ولو حضر شهود في سوم الحائط شهدوا بخلاف ما قال أعطاني به فلان رد البيع ولا يمين على رب الحائط وعلى رب الجارية إذا رضي بقوله وثبت البيع.

ابن رُشْد: إنما لم ير على البائع يمينًا للمبتاع؛ لأنه صدقه، ومعنى قوله: رد البيع إن شاء المبتاع والحائط لم يفت فإن فات هو والجارية فعلى المبتاع أقل من الثمن المسمى أو القيمة يوم البيع كالكذب في المرابحة، ويفوت به البيع الفاسد، وسمع القرينان أرجو أن لا بأس فيمن حضر جارية بالسوق يقول لرجل: كف عني فيها لي بها حاجة ولا أحب الأمر العام أن يتواطأ الناس بهذا فسدت البيوع.

ابن رُشْد: روى ابن نافع في المبسوط كراهته في الواحد، ولو قال لواحد: كف عني ولك دينار جاز ولزمه الدينار ولو لم يشتر، ولو قال له: كف عني ولك نصفها على وجه الشركة جاز، وإنما لم يجزه في الرواية إن أعطاه النصف على وجه العطية؛ لأنه أعطاه على أن يكف عنه مالا يملك قاله ابن دحون وهو صحيح.

قُلتُ: في إجازته الدينار نظر؛ لأن إعطاءه ليس هو على الكف لذاته؛ بل لرجاء حصول السلعة له وهي قد لا تحصل، وظاهر قول المازري: إنما يجوز في الواحد إن كان الترك تفضلا، ولو كان على أن له نصفها لم يجز؛ لأنه دلسة منعه بالدينار خلاف نقل ابن رُشْد وسمع قول القوم يجتمعون في البيع لا تزيدوا على كذا والله ما هو بحسن.

ابن رُشْد: لأنه فساد على البائع وضرر به فإن وقع هذا وثبت بإقرار أو بينة خير البائع في قيام السلعة في ردها، فإن فاتت فله الأكثر من القيمة أو الثمن على حكم الغش والخديعة في البيع فإن أمضى بيعها فهم فيها شركاء، بتواطئهم على ترك الزيادة زادت أو نقصت أو تلفت، من حق المبتاع منهم أن يلزمهم الشركة إن نقصت أو تلفت ومن حقهم أ ن يلزموه ذلك إن زادت أو كان فيها ربح ظاهر، كان هذا في سوق السلعة أو في غيره، أرادوها للتجارة أو لغيرها، كانوا من أهل تلك التجارة أو لا كما لو وقفوا على المبتاع فقالوا أشركنا في هذه السلعة، فقال: نعم إنما يفترق ما ذكرناه إن وقفوا عليه حتى تم ابتياعه ولم يقولوا له شيئًا أو قالوه فسكت.

الشَّيخ: روى العُتْبِيّ وابن حبيب في عبد بين ثلاثة، فقال أحدهم لصاحبه: إذا تقاومناه فاخرج منه بربح دينار ليقتدي بك صاحبنا والعبد بيني وبينك ففعل فاقتدى به الآخر، وثبت هذا بإقرار أو بينة، البيع مردود لا يجوز.

ابن حبيب لم يأخذ به أَصْبَغ ولم يره من النجش وبه أقول؛ لأن صاحبه لم يرد أن يقتدي بزيادته إنما أمسك عن الزيادة ليرخص على نفسه وعلى صاحبه فلا بأس به.

[باب في بيع المقاومة]

وسمع القرينان جوابه عن أهل المقاومة بالسرار هو خفيف وكره بيع المقاومة بالحصاة.

ابن رُشْد عن ابن دحون: هي أن يتقاوموا السلعة سرًا بالإشارة، وكذلك قال ابن لبابة السرار: أن يشير له بيده يستتر عمن حضر، وفي قوليهما نظر؛ لأن الإشراك في السلعة إذا تقاوموها فيما بينهم فليس لغيرهم دخول معهم فيها، فلا وجه لاستسرارهم

بالمقاومة ولا للسؤال عن ذلك ومعناه عندي: أن يتقاوم بعض الإشراك انصباءهم سرًا عن بقيتهم فيكون بعضهم قد خرج عن نصيبه لبعض أشراكه بما انتهت في المقاومة عليه دون علم بقيتهم فهو عنده خفيف إذ لا يجبر على المقاومة من أباها من الشركاء فلا حجة لمن استسر دونه بالمقاومة من الإشراك؛ لأن الذين تقاوموا يقولون له نحن لا نريد أن نقاومك إذ لا يجبر على المقاومة من أباها إنما هي على التراضي ونحن رضينا بها فيما بيننا وإنما استسرا عنه؛ لأنه من حقه لو علم بالمقاومة قبل نفوذها أن يكون شريكًا في نصيب الخارج عن نصيبه مع أخذه بالثمن الذي رضي أن يخرج له به عنه؛ لأن السلعة بين الشركاء إذا أراد أحدهم أن يبيع نصيبه منها كان الشريك أحق بها بما يعطى فيها ما لم ينفذ البيع فكما يكون الشريك أحق من الأجنبي فكذا يكون الشريك أحق من الشريك بما زاد على قدر حقه، وكما يكره للشريك أن يبيع نصيبه من أجنبي دون أن يعلم شريكه إذ ليس ذلك من مكارم الأخلاق فكذا يكره أن يبيع نصيبه من بعض إشراكه دون إعلامه سائهم إلا أن مالكًا رأى في هذه الرواية أن الشريك أخف من الأجنبي إذ لم يدخل على الشريك الذي لم يعلمه أجنبيًا.

[باب في بيع المقاومة بالحصاة]

بيع المقاومة بالحصاة: قال ابن دحون: هو أن تقوم السلعة فإذا عرف كم الربح فيها جعل كل من اشترى في ابتياعها حصاة، ثم جعلت الحصيات في كم رجل، ثم يدعي من يخرج منها حصاة فمن كانت حصاته كانت السلعة له بالثمن الذي قومت به وكان الفضل بينهم على حسب شركتهم وهو تفسير حسن.

[باب في بيع الحاضر للبادي]

بيع الحاضر للبادي منهي عنه، روى البخاري عن مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: **«لا تلقوا الركبان، ولا يبع بعضكم على بيع بعض ولا تناجشوا ولا يبع حاضر لباد ولا تصروا الغنم ومن ابتاعها فهو بخير**

النظرين بعد أن يحلبها إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردها وصاعًا من تمر»[1].

وروى مسلم بسنده عن أبي هريرة يبلغ به النبي ﷺ قال: لا يبع حاضر لباد[2]، وأخرجه أيضًا عن ابن عباس وفيه: فقلت لابن عباس: ما قوله: حاضر لباد؟ قال: لا يكون له سمسارًا[3]، وله عن جابر بن عبد الله قال: قال رسول الله ﷺ: لا يبع حاضر لباد ودعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض[4].

وأخرجه عبد الحق من طريق مسلم بسنده وسكت عنه فتعقبه ابن القطان بأنه لم يبين أنه من رواية أبي الزبير عن جابر من غير رواية الليث عنه.

قال ابن القطان: وقد ذكر في حديث ذكره من روايته من طريق الدارقطني واتبعه أن قال: إنما يؤخذ من حديث أبي الزبير عن جابر ما ذكر فيه السماع أو كان عن الليث عنه عن جابر وذكر أيضًا حديثًا من روايته من طريق النسائي ثم قال: أبو الزبير يدلس في حديث جابر فإذا ذكر سماعه منه أو كان من رواية الليث عن أبي الزبير فهو صحيح فهذا مذهبه فيه قال: وأكثر ما يقع له ذكره ساكتًا عن بيان كونه من عنعنة أبي الزبير من غير رواية الليث عنه فيما أخرجه مسلم كأنه بإدخال مسلم له حصل في حمى من النقد وهو خطأ لا شك فيه.

قُلتُ: لعله راعى في ذلك ما ذكره ابن الصلاح وهو قوله: اتفاق الأئمة على تلقي ما اتفق عليه صحيحا مسلم والبخاري بالقبول ملزوم لصحة ما أخرجاه فيهما والقطع بصحته خلافًا لمن نفاه محتجًا بأن الأمة إنما تلقته بالقبول لوجوب العمل بالظن، والظن

---

(1) أخرجه البخاري: 4/295 في البيوع، باب لا يبيع على بيع أخيه، ومسلم: رقم (1515) في البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه، والموطأ: 2/683 في البيوع، باب ما ينهى عنه من المساومة والمبايعة.

(2) أخرجه مسلم: رقم (1520)، كتاب البيوع باب تحريم بيع الحاضر للبادي.

(3) أخرجه البخاري: 4/311 في البيوع، باب هل يبيع حاضر لباد بغير أجر، ومسلم: رقم (1521)، كتاب البيوع باب تحريم بيع الحاضر للبادي.

(4) أخرجه مسلم: رقم (1522) في البيوع، باب تحريم بيع الحاضر للبادي.

يخطئ وهو غير صحيح؛ لأن ظن من هو معصوم من الخطأ لا يخطئ، وهذه نكتة نفيسة فائدتها أن ما انفرد به أحدهما مقطوع بصحته لتلقي الأمة كل واحد من كتابيهما بالقبول.

قُلتُ: رد بأن متعلق الإجماع والتلقي وجوب العمل، ولا يلزم من القطع به القطع بصحة الحديث.

قال ابن رُشْد في أول مسألة من رسم حلف من سماع ابن القاسم من كتاب السلطان: لم يختلف أهل العلم في أن النهي عن أن يبيع حاضر لباد إنما هو لإرادة نفع أهل الحاضرة ليصيبوا من أهل البادية لجهلهم بالأسعار، واحتج بحديث مسلم الذي ذكر لحق، ثم قال: اختلف قول مالك في أهل البادية الذين لا يجوز للحضري أن يبيع لهم على ثلاثة أقوال:

الأول: أنهم أهل العمود دون أهل القرى التي لا يفارقها أهلها وهي رواية أبي قرة.

الثاني: أنهم هم وأهل القرى دون أهل المدن.

والثالث: لا يجوز للحاضر أن يبيع لجالب وإن كان من أهل المدن والحواضر، وعزا ابن زرقون الثاني لأحد قولي مالك في الموَّازيَّة والعتبية، والثالث لثاني قوليه في الكتابين، والثاني هو ظاهر قول ابن القاسم في سماع عيسى هل ترى أهل بناء وأبو صي من البادية؟ قال: لا؛ لأنهما أهل مدائن إنما يراد بهذا أهل القرى وقول ابن الحاجب في الموطأ محمله على أهل العمود لجهلهم بالأسعار، ونحوه للمازري وهم ليس هو في الموطأ بحال، إنما نقله الشَّيخ في نوادره عن مالك في الموَّازية، وكذا الباجي وعزاه أبو عمر لرواية أبي قرة كابن رُشْد.

الباجي عن ابن حبيب: ولا يبعث البدوي إلى الحضري بمتاع يبعه له. الصقلي رواه أبو محمد، أبو عمر: رواه أبو قرة المازري: للقزويني عن الأبهري يجوز للحضري فيما يبعثه البدوي مع رسوله أن يبيعه له وسمع ابن القاسم يكره للحضري يسأله البدوي عن السعر أن يخبره به.

ابن رُشْد: لما فيه من الإضرار بأهل الحاضرة في قطع الرفق ولا اختلاف فيه فيما

أعلمه في مذهب مالك فإن وقع بيع الحاضر لباد فسمع عيسى ابن القاسم قوله بفسخه؛ لأن المشتري ابتاع حرامًا للنهي عنه، وسمع سَحنون قوله يمضي وعزاه الباجي لابن عبد الحَكم.

زاد المازري وابن الجهم، وابن رُشْد: وعلى الفسخ اختلف إلى أي حد يفسخ؟ فقيل: ما كان قائمًا ويفوت بما يفوت به البيع الفاسد، ويمضي بالثمن، وقيل بالقيمة، وعلى أنه لا يفسخ قيل لمبتاعه فيه حق فيخير في رد المبيع إذا لم يعلم أن الحاضر باعه منه لباد وهو قياس قول سَحنون في بيع التلقي، تعرض السلعة على أهل الأسواق، وقيل: لا حق له فلا خيار له في الرد وهو ظاهر قول سَحنون وهو معارض لنص قوله في التلقي.

وحكى ابن حبيب: أنه يفسخ للنهي عنه إلا أن يشاء المشتري أن يتماسك وهو قول مالك، وقوله خارج عن الأصول؛ لأن العقد الفاسد للنهي لا يجوز للمشتري أن يتمسك به.

وقال بعض الشُيُوخ: قول ابن حبيب تفسير لرواية أَصْبَغ وعيسى عن ابن القاسم في هذا الرسم وذلك غير صحيح؛ لأنه نص فيها أنه بيع حرام، وفي وجوب تأديب فاعله إن لم يعذر بجهل مطلقًا أو إن اعتاده نقل ابن رُشْد سماع سَحنون ابن القاسم، وسماعه أَصْبَغ مع عيسى وزونان عن ابن وَهْب قائلًا يزجر.

وفي جواز شراء الحاضر للبدوي ومنعه سماع ابن القاسم ونقل ابن رُشْد عن ابن الماجِشُون وابن حبيب ورواية أبي عمر.

[باب في البيع زمن نداء سعي صلاة الجمعة]

والبيع زمن نداء سعي صلاة الجمعة إلى تمامها منهي عنه مطلقًا، وفي فسخه في عقده من تلزمه ولو مع غيره، ثالثها إن اعتاد ذلك للمشهور والباجي عن رواية ابن وَهْب مع علي يستغفر الله فقط، والمازري عن ابن الماجِشُون والصقلي عن أَصْبَغ في العتبيَّة من باع بربح ما اشتراه حينئذ لم يجز له أن يأكل الربح، وأحب إليَّ أن يتصدق به، فإن فات بحواله سوق ففي مضيه بالثمن أو القيمة نقل الباجي عن سَحنون مع المغيرة

وغيرهما، وعليه في كونها حين القبض أو تمام الصلاة قولا ابن القاسم وابن حبيب مع أشهب.

الشَّيخ: من انتقض وضوءه وقت النداء فلم يجد الماء إلا بثمن لا باس أن يشتريه، وفي فسخ بيع من باع لخمس ركعات للغروب، وعليه ظهر يومه وعصره قولا أبي عمر مع إسماعيل القاضي وسَحنون، وصوبه ابن محرز وغيره وفرقوا بأن الجمعة لا تقضى.

المازري: كان شيخنا يقول كثيرًا ما يؤخر العوام صلاة العصر اشتغالًا بالبيع فيقتضي منع معاملتهم ومنع أكل ما يشترى منهم على القول بالفسخ.

[باب في شراء تلقي السلع]

وشراء تلقي السلع الواردة لمحل بيعها بقربه قبل ورودها إياه، منهي عنه تقدم في حديث البخاري، وروى مسلم عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: لا تلقوا الجلب فمن تلقى فاشترى منه فإذا أتى سيده السوق فهو بالخيار[1]. وعند البخاري عن ابن عمر قال: كنا نتلقى الركبان فنشتري منهم الطعام فنهانا النبي ﷺ **«أن نبيعه حتى يبلغ به سوق الطعام»**[2]، والمذهب منع تلقي مطلق السلع قبل سوقها في رواية ابن حبيب ولو على يومين لتجر، وروى محمد وابن حبيب وسمع ابن القاسم وكذا لغير تجر إلا بقرية قرب بلد سوقها كستة أميال.

الشَّيخ: روى محمد إن خرج قوم لغزو أو تجر فلقوا سلع تجر جاز شراؤهم منها لأكلهم لا لتجر، وقول ابن العربي في عارضته: في حده بميل أو فرسخين ثالث الروايات يومان لا أعرفه إلا الأخيرة لمحمد وابن حبيب، ورواية غيرهما إلا الإطلاق.

[باب في الخروج شراء الغلل من الحوائط]

وفي جواز الخروج لشراء التجر من غلل حوائط القرية سماع ابن القاسم مع قول

(1) أخرجه مسلم: رقم (1519) كتاب البيوع باب تحريم تلقي الجلب.
(2) أخرجه البخاري: كتاب البيوع باب النهي عن تلقي الركبان رقم (2058).

أشهب وسماعه، وسمع أبو زيد ابن القاسم: من خرج بقمح ناويا إن وجد مبتاعًا بطريقه باع، وإلا بلغ الفسطاط لا يبيع إلا بالفسطاط إلا أن ينوي إلى قرية بها سوق فلا بأس أن يبيعه بها ولو اختزنه بيمنة موسى ثم بدا له فلا بأس ببيعه.

ابن رُشْد: لا يجوز بيعه بالطريق ممن يريده للبيع وجائز بقرية على أميال من الحاضر ممن يريده للأكل، ولو نوى قرية ذات سوق جاز بيعه بها، وإن اختزنه في الطريق بموضع لا سوق له ثم بدا له أن يبيعه جاز، وفيه تفصيل: إن باعه من أهل محلته جاز، ولو ليبيعوه، وبيعه ممن يخرج من الحاضرة، لشرائه يجري على الخلاف في أهل الحاضرة يخرجون للحوائط لشراء ثمارها، وروى ابن حبيب ما لا سوق له بحاضرة إذا دخل بيوت الحاضرة والأزقة جاز شراؤها وإن لم يبلغ السوق.

قُلتُ: يريد سوق غير السلعة إذ الفرض أن لا سوق لها، ويقوم منه أن بلوغ أول السوق كاف، الشَّيخ: روى محمد لا بأس بالشراء من سفن ترسى إلا أن تأتي ضرورة وفساد فيكون كحكره، فلا يصلح المازري: هي كالحوائط حول مدينة، وروى محمد لا خير في شرائها قبل وصولها على الصفة.

الباجي: لو وصلت سوقها دون ربها فتلقاها من اشتراها منه فلا نص، وهو عندي تلق ممنوع، قال مع الشَّيخ عن الواضحة: إن بلغت السلعة موقفها ثم انقلب بها ولم يبع أو باع بعضها فلا بأس أن يشتريها من مرت ببابه أو من دار بائعها فإن وقع المنهي عنه.

ابن رُشْد: في رواية القرينين: يفسخ، وعزاه أبو عمر لبعض أصحاب مالك، الشَّيخ عن محمد يرد لبائعه إن فات أمر من يقوم ببيعه عن صاحبه.

المازري: مقتضاه ربحه له وخسارته عليه، الواضحة: يرد له إن حضر وإلا فإن كان المتلقي غير معتاد ترك له، وزجر، وإلا عرض بثمنه على أهل سوقه إن لم يكن طعامًا فإن لم يكن سوق فعلى كل الناس والطعام يعرض عليهم ولو كان له سوق.

محمد: روى ابن وَهْب: يباع لأهل السوق وربحه بينهم والوضيعة على الملتقي وروى ابن القاسم ينهى إن عاد أدب ولا ينزع منه شيء.

المازري: هو المشهور.

الباجي: واختاره أشهب، محمد عن ابن القاسم، يشترك فيه من شاء، والتجار

وغيرهم وهو كأحدهم، وقاله ابن عبد الحَكَم بالحصص من ثمنه، وأباه أصبغ.

أبو عمر: تحصيل مذهب مالك عدم فسخه ونزعها لأهل سوقها إن أرادوها بثمنها، وإلا ردت لمبتاعها به وسمع عيسى ابن القاسم: إن لم تفت نزع لمن يأخذه بثمنه من أهل سوقه فإن لم يكن سوق فلكل الناس.

ابن رُشْد: في فوته بمفوت البيع الفاسد أو بالعيب المفسد قولان وفي سماعه إن كان معتادًا لذلك أدب وزجر وإلا نهى، وأمر أن لا يعود.

الشَّيخ عن ابن حبيب: من تكرر منه عوقب بما يراه الإمام من سجن أو ضرب أو إخراج من السوق.

ابن رُشْد: في رواية سَحنون عن ابن القاسم، إيجاب أدبه إن لم يعذر بجهل وفي رواية عيسى وأَصْبَغ عنه: لا يؤدب إلا المعتاد لذلك ورواه زونان عن ابن وَهْب، وسمع القرينان: لا أحب الشراء من لحم جزور تلقي ابن رُشْد: كرهه لرعي القول أن البيع الفاسد يجب فسخه وإنه كلا بيع لا ينقل ملكًا والمبيع من بائعه إن تلف عند مبتاعه ببينة رواه أبو زيد عن ابن القاسم، أن البيع الفاسد يجب فسخه أن البيع الفاسد يجب فسخه ويقوم من سماع يحيي في كتاب الجعل فيكون المشتري على هذا كلحم شاة مغصوبة، والقياس إن الشراء من لحمها جائز على المشهور أنها تعرض على أهل الأسواق لفوات ذلك فيها بالذبح، وعلى القول أيضًا إنه فاسد للنهي عنه لفوته بالذبح فوجب مضيه بالثمن أو بالقيمة فإنما اشترى ما صح ملكه له ودخل في ضمانه، وعن عيسى بن دينار من ضحى بها اشتراه تلقيا عليه البدل في أيام النحر ولا يبيع لحم الأولى.

ابن رُشْد: هو عندي استحسان لا واجب؛ لأنه ضحى بها في ضمانه وذكر ما مر في شراء لحم ما تلقي وقول أبي عمر.

قال ابن خويز منداد: لا خيار فيه للبائع، وفيه حديث صحيح خرجه قاسم عن أبي هريرة أن النبي ﷺ. قال: **«لا تلقوا الجلب فمن تلقى منها شيئًا فاشتراه فصاحبه بالخيار إذا أتى السوق مثل خيار البائع»**.

ابن العربي: الصحيح عندي أنه حق للجالب ولأهل البلد معًا وربح التلقي.

قال محمد: لا يطيب له، وفي سماع عيسى ابن القاسم أيتصدق به؟ قال: ليس

بحرام ولو فعله احتياطًا فلا بأس به.

[باب في التسعير]

التسعير: تحديد حاكم السوق لبائع المأكول فيه قدرًا للمبيع بدرهم معلوم، فالجالب لا يسعر عليه(1).

ابن رُشْد: اتفاقًا، قال: إن حط عن قدر السوق أمر بمساواته أو قيامه، وأهل السوق في تركهم لبيعهم باختيارهم ومنعهم، سماع عيسى ابن القاسم مع سماعه ونقله عن ابن حبيب مع سماع القرينين، وعليه قال: يجب على صاحب السوق الموكل لمصلحته أن يجعل لهم من الربح ما يشبه، ويمنعهم الزيادة عليه ويتفقدهم في ذلك ويلزمهم إياه كيف ما تقلب السعر بزيادة أو نقصان؛ فمن عصاه عاقبه بما يراه من الأدب أو بإخراجه من السوق إن اعتاد ذلك مستسرًا به، وأجمعوا أنه لا يقول لهم: لا تبيعوا إلا بكذا وكذا ربحتم أو خسرتم من غير أن ينظر إلى ما يشترون به ولا فيما اشتروه لا تبيعوه إلا بكذا وكذا مثل الثمن الذي اشتروه وإن ضرب لهم الربح على ما يشترون منعهم أن يغلوا السعر، وإن لم يزيدوا في الربح إذ قد يتساهلون فيه وإن علم ذلك منهم ضرب لهم الربح على ما يعلم من مبلغ السعر وقال: لا تبيعوا إلا بكذا وكذا ولا تشتروا إلا على هذا وهو معنى سماع أشهب ليس بأيديهم ما تعتلون به اشتروا على

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (تحديد) مناسب للمحدود؛ لأنه مصدر. وقوله: (حاكم) أخرج به غير حاكم السوق كما إذا حدد البائع لنفسه؛ لأنه لا يسمى تسعيرا وكذلك غير الحاكم قوله: (لبائع المأكول) أخرج به غير المأكول؛ لأنه لا يسعر قوله: (فيه) يتعلق بالبائع والضمير يعود على السوق ولا بد من ذكر الظرف وإلا دخل فيه إذا حدد حاكم السوق على بائع المأكول قدرًا في مبيعه في غير السوق فتأمله وقدرًا منصوب على المفعول وللمبيع صفة للقدر وبدرهم يتعلق بالتحديد.

(فإن قلت): يدخل تحته إذا سعر حاكم السوق للجالب مع أن المذهب لا يسعر عليه وليس محلًا للتسعير.

(قُلتُ): لعله قصد التسعير الصحيح والفاسد وهو أعم لا أنه قصد الصحيح وفيه نظر لقوله: بعد الحد فالجالب لا يسعر عليه فالظاهر أنه قصد أنه خارج عن الحد فلعله أراد بالبائع من شأنه أن يبيع في السوق والله الموفق.

ثلث رطل سعره عليكم من الضأن وعلى نصف رطل نسعره عليكم من الإبل؛ لأن ذلك إنما يجوز له إذا علم أنهم يتساهلون في الشراء ويزيدون على القيمة.

قُلتُ: ظاهر نقل ابن رُشْد القول بالتعسير إيجابه ولفظ ابن حبيب في النوادر ما نصه: لا يكون التسعير عند من أجازه إلا عن رضى ومن أكره الناس عليه فقد أخطأ، وهذا إذا كان الإمام عدلًا ورآه مصلحة فجمع وجوه أهل سوق ذلك الشيء، يسألهم كيف يبيعون وكيف يشترون وليس ما أجازوه من ذلك في القمح، والشعير وشبهه؛ لأن الجالب يبيعه ولا يترك ا لتجار ليبيعوه على أيديهم إنما ذلك في مثل الزيت والسمن والعسل واللحم والبقل والفاكهة، وشبه ذلك ما عدا البز والقطن وشبهه، وعلى الأول سمع عيسى ابن القاسم: من حط السعر وأدخل على الناس فسادًا، أمر بسعر الناس أو الخروج من السوق، ولو باع واحد أربعة أرطال والناس يبيعون ثلاثة لم يقاموا الواحد والاثنان ولا خمسة، وإنما يقام الواحد والاثنان إذا حطوا عن حد سعر الناس فأدخلوا الفساد،وسمع ابن القاسم: ليس لجالب الطعام أن يبيع بسعر دون سعر الناس سَحنون يريد فيما هو في جودة سلعته، وليس عليه أن يبيع الجيد بسعر الردئ.

ابن رُشْد: معنى بدون سعر الناس: في المثمون لا الثمن،وذكر بعض الناس تأويلًا على رواية ابن القاسم هذه وأمثالها، إن الواحد والاثنين من أهل السوق ليس لهم أن يبيعوا بأرخص مما بيع أهل السوق؛ لأنه ضرر بهم وممن قاله عبد الوهاب بن محمد بن نصر البغدادي وهو غلط ظاهر إذ لا يلام أحد على المسامحة في البيع؛ بل يشكر عليها وقول سَحنون: يريد مما هو في جودة سلعته، مثله لابن حبيب قال: إنما المنع إذا تساوى الطعام أو تقارب، وإن اختلف فزاد صاحب الجيد على أصحاب الرديء الدرهمين في المدين فلا يمنع، وتحديده الدرهم والدرهمين في المدين فيما بين الجيد والرديء إنما هو في الأندلس إذ ليس بين قمحها في الاختلاف مثل ما بإفريقيَّة ولا بمكة حيث يجتمع سمراء الشام والمحمولة قاله فضل، وهو صحيح فإن كان المرخصون الاثنين والثلاثة ونحو ذلك مما هو يسير لم يرد إليهم غيرهم مما هو كثير، فإن كانوا كثيرًا رد إليهم غيرهم، وإن كانوا أكثر منهم، وإن كان الكل قليلًا فالأقل تبع للأكثر إن كان الأكثر المرخصين وإلا ترك كل واحد على بيعه، وذكر الحكرة في المرابحة، إن شاء الله.

[كتاب بيوع الآجال]

بيوع الآجال، يطلق مضافًا ولقبًا الأول ما أجل العين وما أجل ثمنه غيرها سلم في سلمها الأول يجوز سلم الطعام في الفلوس العين أنه سلم بمجاز التغليب.

في سلمها الأول: من أسلم ثوبًا في عشرة أرادب من حنطة إلى شهر عشرة دراهم لشهر آخر؛ فلا بأس به، ولو اختلف أجلهما وربما أطلق على ما أجل ثمنه غير العين أنه بيع كذلك في الغرر منها: لا بأس ببيع سلعة غائبة بعينها بسلعة إلى أجل أو بدنانير إلى أجل.

[باب في شرط بيع الأجل]

وشرطه كالنقد مع تعيين الأجل نصًا أو عرفًا[1] فمجهول الأجل فاسد، ومعروفه

(1) قال الرَّصاع: قوله: (كالنقد) يعني كل ما يشترط في بيع النقد فهو شرط فيه وقد قدمه قوله: (مع) إلخ أشار إلى أن الأجل لا بد من تعيينه إما باللفظ أو بالعادة وقد ذكر ما يشهد للعادة من المدَوَّنة وغيرها انظره والله سبحانه الموفق، ثم قال الشَّيخ: والثاني لقب إلخ معناه والقسم الثاني الذي أطلق لقبا حده لقبا إلخ، فالثاني صفة لموصوف مقدر وصفته محذوف أيضًا لدلالة السياق وهو مبتدأ وخبر ما ذكر بعده وتقدم نظيره في هذا الحمل واللقب المذكور أطلقه على معنى كلي صيره الشَّيخ لمعنى عام وأكثر استعمال هذا اللقب في الإعلام وأشار ابن عبد السلام إلى ذلك في لفظ ابن الحاجب وهو صحيح.

(فإن قلت): إذا فسرنا كلام ابن الحاجب والشَّيخ: بقولنا أما حد المفهوم المدلول عليه بلفظ بيوع الآجال لقبا فلم يصر عاما اللفظ اللقبي فلا يرد عليه ما ذكرنا.

(قُلتُ): هذا المعنى وقع في لفظ شراح ابن الحاجب وتأوله في أصليه على ذلك ولا يصح ذلك هنا؛ لأن بيوع الآجال كان أطلق عليه اللقب فالبحث واقع والله أعلم.

(فإن قلت): الذي فهم ابن عبد السلام: أن ذلك حد لفظي فهل يقرر عليه كلام الشَّيخ.

(قُلتُ): يأتي ما للشيخ مع شيخه من البحث في المسألة بعد إن شاء الله.

(فإن قلت): لأي شيء تبع ابن الحاجب الشَّيخ: في ذكر لفظ اللقب في هذا الرسم.

(قُلتُ): لأنه لما تقرر عنده شرعا مفهومان لبيوع الآجال أحدهما لقبي والآخر إضافي صح له ذلك؛ لأن المضاف والمضاف إليه وضعا على معنى مفهوم منهما وهو مدلول ما ذكر فناسب في ذكر ما ذكر وربما استعمل ذلك اللفظ في بعض المواضع كالذبائح وما شابه ذلك وقد قدمنا ذلك قوله: (لتكرر بيع عاقده الأول) أخرج به عدم تكرر البيع في العقدة وتكررها من غير عاقده الأول والأول صفة

للبيع الأول قوله: (ولو بغير عين قبل اقتضائه) احترز به مما إذا كرر مع العاقد الأول بعد الاقتضاء، فإنه ليس من المعنى اللقبي وقوله: (ولو بغير عين) هي عطف على مقدر أي بعين وبغير عين ليدخل فيه صورة غير العين كما إذا باع فرسًا بعشرة أثواب إلى أجل فيصدق الحد فيما باع بعين إلى أجل أو باع بمثمون إلى أجل ويصدق الحد على فعل من غير عقد سلعة بثمن إلى أجل مع رجل ثم اشتراها بعد حلول الأجل قبل الاقتضاء أو قبل الحلول مع الأجل أو بعده أو قبله.

(فإن قلت): المدلول الإضافي هل يصدق على المدلول اللقبي أم لا يصدق عليه.

(قُلتُ): لا يصدق مدلول كل منهما على صاحبه، وقد أشار بعض شراح الأصلي إلى أن المدلول الإضافي لغة يصدق على المدلول اللقبي في أصول الفقه فقط.

(فإن قلت): رأيت بخط بعض المشايخ سؤالا أورده على رسم الشَّيخ اللقبي والمورد من تلامذته قال: فإذا باع رجل لرجل ثوبا عند الظهر، ثم تبايعا ثوبا آخر عند الغروب قبل اقتضاء ثمن الأول فهذه صورة ليست من باب البيع في الآجال والرسم صادق عليها وأجاب بعض تلامذته بمنع دخولها عليه؛ لأن البيع لم يتكرر في مبيع واحد وإنما تكرر البيع لا المبيع، والشَّيخ قال: لقب لمتكرر بيع؛ لأن معناه لشيء تكرر فيه بيع فهل هذا الجواب حسن.

(قُلتُ): هو حسن وناقشه بعضهم في ذلك ويظهر أنه جواب عن الشَّيخ إلا أن فيه عناية، فإن لفظه لا يدل عليه، وقد رأيت لبعض نبلاء الطلبة سؤالا قريبًا من هذا السؤال، وهو يقول ينظر من أين يخرج تكرر البيع من ذلك ففيه ما يتأمل.

(فإن قلت): أورد بعض الطلبة سؤالا فقال من أين يشترط الأجل في رسمه وبيوع الآجال لا بد فيها من الأجل.

(قُلتُ): ظهر لي في الجواب أن قوله: الأول راجع إلى المعنى الإضافي فكأنه قال هو لفظ لما تكرر فيه البيع في العقد الأول وهو البيع المؤجل، وهذا وإن صح الجواب به فهو بعيد قصده ويكون موقوفا على معرفة حقيقة أخرى.

والصواب أنه أشار إلى ما يعم الخلاف مما تقع فيه التهمة مطلقًا عند أهل العينة وغيرهم؛ لأن أهل العينة تقع التهمة فيهم ولو لم يكن ذلك بالأجل؛ لكن قول الشَّيخ قبل اقتضائه في رسمه يضعف هذا الجواب.

(فإن قلت): الصور الذي رتبوا عليها مسائل البيع اللقبي أصلها في تأجيل الثمن.

(قُلتُ): قد ذكروا أن البيعتين إذا كانتا نقدا فلا تهمة فيهما عند غير أهل العينة والتهمة يحكم بها فيهم، وإن كان البيع الأول نقدا والثاني مؤجلا ففيه خلاف مشهور، وهذا يدل على أن الأجل في باب بيوع الآجال لا يشترط بل هو في مواطن مظنة التهمة والرسم للمشهور وغيره والصحيح منها والفاسد كما قدمنا، وفيه ما لا يخفى ثم أن الشَّيخ ﷺ ذكر هنا كلامًا وأبحاثا لا بد من التنبيه على بعضها ليحصل لطالبه فهمه بالوقوف عليها ولما قال ابن الحاجب: في الحد اللقبي لقب لما يفسد بعض صوره منها لتطرق التهمة بأنها قصدا إلى ظاهر جائز ليتوصلا به إلى باطن ممنوع حسما للذريعة

فلننبه على ما فيه من بعض لفظه فنقول قوله: (لقب لما يفسد بعض صوره) أشار به إلى أنه موضوع لبيع يمتنع فيه بعض الصور الفاسدة من بيوع الآجال والصور الفاسدة على قسمين منها ما كان بنص من دليل شرعي ومنها ما منع للتهمة سدا للذريعة كمن باع سلعة بعشرة إلى أجل ثم اشتراها بعشرة إلى أجله نفسه فهي من الصور الجائزة.

وإن اشتراها بخمسة إلى دون الأجل فهي صورة فاسدة وفسادها لأجل التهمة فتكرر البيع في المبيع الأول بين البيعتين يكون في بعضها صور فاسدة للتهمة فبيع الآجال لقب على ذلك ولا يخفاك أن كلام الشَّيخ: أبين من هذا في حده وأحسن إذا تأملته وأخصر لفظا إذا فهمته، ثم نقل الشَّيخ بحث شيخه ابن عبد السلام: وسؤاله وجوابه وفهم من جوابه أن ابن الحاجب لم يقصد تعريفا، وإنما قصد بيان مسمى اللفظ عرفا مع دخول غيره فيه.

قال: وهو خارج عن القواعد العلمية ولا شك فيما ذكره أنه كذلك على مقتضى فهمه وكان يمر لنا فهم في كلام ابن عبد السلام فراجع لفظه وسؤاله وجوابه.

ولما أطال الشَّيخ في بيان الرد عليه. قال: والأمر أجلى من أن يقرر قال: ومن أنصف علم أن ابن الحاجب قصد التعريف لا الإخبار بقضية كلية لا تنعكس كنفسها وأشار بهذا: إلى أن لفظ ابن الحاجب إذا كان المقصد منه الإخبار بكلية لا تنعكس فلا يرد عليه ما ذكر كما يقال: كل إنسان حيوان ولا ينعكس فلا يرد عليه نقض على من أخبر فيمن أخبرنا به والسياق والقصد إنما هو إعطاء كلية مطردة منعكسة فلا يصح جوابه بوجه واستحضر هنا بحث الشَّيخ: في لفظ المدَوَّنة في الطهارة وكل ما لا يفسد إلخ.

(فإن قلت): قول الشَّيخ قصده التعريف هل المراد به اللفظي.

(قُلتُ): يحتمل أن يكون لفظيا ويحتمل أن يكون رسميًا، وأجاب الشَّيخ: عن إيراد ابن عبد السلام في صور الصرف والاقتضاء بأن الضمير في منها عائد على بيوع الآجال، وذلك مانع من النقض بمسائل الصرف والاقتضاء من ثمن الطعام طعامًا فإذا كان البيع نقدا فلا يرد النقض وإن كان إلى أجل معناه بل هو من مسائل بيوع الآجال، ولما ذكر الشَّيخ ﷺ هذا الجواب ذكر أنه أورد عليه ما أورده بعض المشارقة على لفظ ابن الحاجب في عود الضمير على بيوع الآجال وأنه يلزم عليه الدور وبيانه ظاهر.

وأجاب الشَّيخ: بأنا نمنع لزوم الدور؛ لأن الضمير لا يعود على اللفظ الدال بالمعنى اللقبي بل بالمعنى الإضافي ويكون فيه نوع من الاستخدام وذكر ما في ذلك من كلام العرب مما هو معلوم وتأمل هذا الجواب، فإنه يلزم عليه أن يكون الحد غير منعكس؛ لأنه إذا جعل الضمير يعود على بيوع الآجال بالمعنى الإضافي يلزم أن يكون الحد خاصا بما يكون المؤجل هو الثمن العين؛ لأن ذلك هو المعنى الإضافي فكان الشَّيخ: حافظ على الطرد فأخل بالعكس وقد وقع له: قريبًا من هذه النكتة في التفسير المقيد عنه لما تكلم على قوله تعالى: ﴿تِلْكَ ءَايَٰتُ ٱللَّهِ نَتْلُوهَا عَلَيْكَ﴾ [البقرة: 252]، فإنه جوز أن يكون المضارع على حقيقته وجوز فيه أن يكون بمعنى الماضي بتصور تلك الحالة، فإذا كان على

بالشخص واضح، وبالعرف كاف.

في البيوع الفاسدة منها: لا بأس بالبيع إلى الحصاد والجداد أو العصير أو إلى رفع جرون بئر زرنوق؛ لأنه أجل معروف، وإن كان العطاء والنيروز والمهرجان، وفصح النصارى وصومهم، والميلاد وقتًا معروفًا جاز البيع إليه.

عياض: جرون بئر زرنوق بضم الجيم والراء جمع جرين، وهو الأندر، والرواية فيه بزيادة واو والصواب بدونها جرن، وبئر زرنوق بفتح الزاي فسرها في الكتاب بأنها: بئر عليها زرع وحصاد، وفصح النصارى: بكسر الفاء وإهمال الصاد والحاء: فطرهم من صومهم.

اللخمي: إنما يجوز إلى النيروز والمهرجان والفصح إن علما معًا حساب العجم وإن جهله أحدهما لم يجز.

وفيها: خروج الحاج أجل معروف وهو أبين من الحصاد قلت: فإن اختلف الحصاد في الغلة ذلك العام، قال: إنما أراد مالك إذا حل أجل الحصاد، وعظمه، وإن لم يكن لهم حصاد في سنتهم تلك فقد بلغ الأجل محله، واختصرها البرادعي سؤالًا وجوابًا بالإيهام قوله: إذا حل أجل الحصاد وعظمه لاحتمال إرادته أجل الحصاد بالفعل في عام اختلافه أو في معتاد أعوامه لا في عام اختلافه لقوله: إن لم يكن لهم حصاد في سنتهم تلك فقد بلغ الأجل محله.

اللخمي: وقدوم الحاج البيع إليه جائز، وإن لم يقدم لزم القضاء في وقت معتاد قدومه، وإن افترق القدوم لزم القضاء عند أوله إلا أن يكون القدوم الأول النفر اليسير

حقيقته فيكون من الاستخدام؛ أي: نتلوا مثلها عليك، وتقدم لنا فيه بحث يأتي هنا، ثم أورد سؤالا بأن شرط الاستخدام أن يكون معنى اللفظين متماثلين كالدرهمين في قولنا عندي درهم ونصفه؛ أي: ونصف درهم آخر مثله وهنا المعنى متغاير.

ولفظ بيوع الآجال لفظ مشترك لا قدر مشترك وأجاب: بجواب قف عليه ففيه ما يبحث فيه، فإنه مخالف لكلام أهل البيان والله الموفق للصواب ورضي الله عنه ونفع به وأعاد علينا من بركته بمنه باب ما يجمع الممنوع في المعنى اللقبي قال: فيه طريقان إجمالي وتفصيلي فالإجمالي.

قال فيه المازري: ضابطه إلغاء المبيع ثوبا كان أو غيره لرجوعه لبائعه واعتبار ما خرج من اليد ولم يعد وما أخذ منه، فإن صح صحت وإلا فلا وهو ظاهر وانظر ما أورد عليه والله أعلم.

كالسابق فلا يراعى، وأول الشهر ووسطه وآخره أجل معلوم، وفي كون في شهر كذا معلومًا أو مجهولًا قول ابن لبابة مع ابن رُشْد عن بعض أهل عصره، وابن رُشْد مع ابن سهل محتجين برواية المبسوط أنه أجل معلوم هو وسط الشهر، وبقولها في الحصاد والجداد وسماع ابن القاسم في الديات.

قُلتُ: هو فيمن صالح من دم عمد على أن يعطي في كل سنة كذا يعطيه في وسطها، وسمع ابن القاسم في السلم والآجال: من باع كرمه على أن ينتقد عشرين دينارًا، ثم يعطيه ثلث الثمن إذا قطف ثلثه ثم يعطيه البقية إذا قطف الثلثين لا خير فيه لا يعرف متى يقطف الثلث أو الثلثين، ولو شرط عليه إذا قطفه لم أر به بأسًا. كأنه جعله كالحصاد والجداد.

ابن رُشْد: وجه تفرقته إنه إذا سمى الثلث أو الثلثين ولو شرط عليه إذا قطفه فقد صرح أنه أراد ثلث ذلك الكرم بعينه وثلثيه، وهو غرر إذ لا يعرف متى يقطف الثلث أو الثلثين، إذ قد يعجل أو يؤخر وإن لم يسم جزءًا منه؛ بل على أن يعطيه ثمنه إذا قطفه كان المعنى في ذلك عنده أنهم لم يقصدوا إلى قطاف ذلك الكرم بعينه، وإنما أراد أن يعطيه ثمنه إذا قطفه حين قطف الناس فجاز كالبيع للجداد والحصاد ولو بين أنه يعطيه ثمنه إذا قطفه بعينه عجله أو أخره ما جاز البيع، وذكر أصبغ: أن أشهب أجازه فيمن شرط إذا جد ثلثه دفع إليه ثلث الثمن، وإذا جد بقيته دفع إليه البقية، وقال مالك: النصف غير معروف، قيل: يعرف بعدة الفدادين، قال: لا أحب ذلك وليبعه إلى فراغه، فحمل أشهب أمرهما في الجد على معتاد الناس، وإليه نحى مالك، إلا أنه رأى النصف والثلث غير معروف إذ لا يعرف إلا بالخرص والتحري إذا تنازعا فيه فلم يجزه، وأجازه في الكل؛ لأنه معروف لا يخفى، وقال التونسي: إذا جاز إلى فراغه جاز إلى نصفه؛ لأن النصف مقدر معروف، وقول مالك: عندي أصح الشَّيخ: روى محمد: لا بأس ببيع أهل الأسواق على التقاضي وقد عرفوا قدر ذلك بينهم وفي الوكالات منها إن اختلفا في حلول الثمن وتأجيله، فإن كان للسلعة أمر معروف تباع عليه فالقول قول مدعيه، وبعيد الأجل جدًا ممنوع وغيره جائز في شراء الغائب منها يجوز شراء سلعة إلى عشر سنين أو عشرين.

وسمع أَصْبَغ جواب ابن القاسم عمن يبيع سلعته بثمن إلى ثلاثين سنة أو عشرين سنة قال: أما إلى ثلاثين فلا أدري، ولكن إلى عشرة وما أشبهه، وأكرهه إلى عشرين ولا أفسخه، ولو كان إلى سبعين لفسخته، أصبغ: لا بأس به ابتداء إلى عشرين، وقال لي: إن وقع به النكاح إلى ثلاثين لم أفسخه وكذا البيع عندي.

قُلتُ: كذا وجدته في العتبيَّة إلى سبعين التي شطرها خمس وثلاثون، ولابن زرقون عن الباجي عن محمد عن ابن القاسم: إن كان إلى ستين فسخته.

وفيها: بيع سلعة بثمن عين إلى أجل شرط قبضه ببلد لغو ولذا إن لم يذكر الأجل معه فسد البيع.

عياض: اتفاقًا.

اللخمي: إن قال أشتري بالعين لأقضي بموضع كذا؛ لأن لي به مالًا، وإنما معي ها هنا ما أتوصل به وليس معي ما أقضي به هاهنا إلا داري أو ربعي ولا أحب بيعه لم يجبر على القضاء إلا بالموضع الذي سمى ويجوز البيع، وإن لم يضربا أجلًا كمن باع على دنانير بأعيانها غائبة، وإن شرط البائع القبض ببلد معين لاحتياجه فيه لوجه كذا، فعجلها المشتري بغيره لم يلزم البائع قبولها لخوفه في وصولها إلى هناك، وقد اشترط شرطًا جائزًا فيوفي له به، والثاني: لقب لمتكرر بيع على عاقدي الأول ولو بعوض قبل اقتضائه[1].

---

[1] قال الرَّصاع: قال الشَّيخ ﷺ: (يطلق مضافا ولقبا الأول ما أجل ثمنه العين وما أجل ثمنه غير ما سلم ثم قال: والثاني اللقبي لقب لمتكرر بيع عاقده الأول ولو بغير عين قبل اقتضائه) قول الشَّيخ: يطلق مضافًا ولقبًا أشار إلى أن بيوع الآجال له مفهومان مفهوم إضافي وهو أن يكون البيع أضيف إلى أجل وضد ذلك بيع النقد كما ذكره في أول البيوع وله مفهوم سمي فيه بالمضاف والمضاف إليه وصار لقبًا على معنى وهذا المعنى هو الذي أشار إليه ابن الحاجب: في أصول الفقه بقوله: إما حده مضافا وإما حده لقبا وكلام الشَّيخ هنا أخصر من كلام ابن الحاجب في أصليه ولذلك عدل عن لفظه قوله: (الأول ما أجل...) إلخ أي الأول الذي يطلق مضافًا حده ما أجل ثمنه العين معناه البيع الذي أجل ثمنه العين وما أجل جنس وثمنه العين فصل خرج به السلم؛ لأن المؤجل فيه ليس هو العين فلا يصدق عليه.

(فإن قلت): المحدود إنما هو الحقيقة المتحدة والبيوع هنا هو المضاف وهو جمع.

(قُلتُ): فيه تسامح واضح.
(فإن قلت): لما عرف ابن الحاجب المعنى الإضافي في أصول الفقه عرف الأصول بالأدلة ثم عرف الفقه وبذلك يعلم المدلول الإضافي، والشَّيخ لم يفعل ذلك هنا.
(قُلتُ): راعى معنى الإضافية بعد معرفة المتضايفين وهما معلومان فلذا ذكر ما رأيت.
(فإن قلت): قد يكون في العقدة العين وحده مؤجلا وقد يكون المثمون مؤجلًا، وقد يكون الأجل في عقدة فيها سلم وثمن مؤجل فالأول بيع أجل والثاني سلم والثالث هل يسمى سلمًا أو أجلًا أو هو مركب منهما، فإن سمي أجلًا فهو خارج عن حده يكون غير منعكس، وإن كان سلمًا فهو وارد على حد السلم، وإن كان مركبًا منهما فهو واسطة بينهما وليس كذلك فقها.
(قُلتُ): لنا أن نقول إن هذه العقدة اشتملت على سلم وبيع أجل فيصدق الرسم على كل مما اشتملت عليه.
(فإن قلت): يجري ذلك على أن العقدة تتعدد بتعدد المعقود عليه.
(قُلتُ): لا يجري ذلك على ذلك وتأمل كلام الشَّيخ: بعد في قوله: وربما أطلق... إلخ فظاهره أن الصورة المركبة الأصل إطلاق كل لفظ عليها بما يخصها إلا إذا وقع تغليب، وكذلك في قوله: وربما أطلق ثانيا فتأمله فعلى هذا كيف يصدق حده عليها.
(فإن قلت): قال الشَّيخ: وربما أطلق على ما أجل ثمن العين أنه سلم بمجاز التغليب ما موقع هذا الكلام منه.
(قُلتُ): موقعه أنه لما عرف بيعه الأجل وذكر خاصية ذلك وخاصية السلم فقال: في الأول ما أجل ثمنه العين، وقال: في الثاني ما أجل ثمنه غير ما سلم وذكر الشاهد على الثاني فيمن أسلم طعامًا في فلوس والفلوس غير عين فكان ذلك سلما وهذا يدل أنها كالعروض ثم ذكر أنه قد يغلب السلم في إطلاقه على ما أجل ثمنه عينًا، وقد يغلب البيع على ما أجل ثمنه غير عين، وإنما نبه بذلك لئلا يرد عليه أن يقال: حدك غير صحيح في الطرفين، فإنه فيها أطلق السلم على ما كان ثمنه عينا مؤجلا وأطلق البيع على ما كان ثمنًا مؤجلًا غير عين فأجاب بما رأيته من المجاز في التغليب وأن التغليب يجوز في كل واحد منهما إذا اجتمع مع صاحبه فيطلق عليه غير اسمه الخاص به، فإنظر لفظه مع ما ذكرناه وقد سأل بعض نبلاء الفقهاء عن موقع هذا الكلام واستشكله في كلام الشَّيخ وموقعه ما ذكرناه وما استشكل به المورد لا يرد؛ لأن الشَّيخ لم يقع منه تحكم في كونه صير أحدهما سلما حقيقة وبيعة أجل مجازًا، وبالعكس بل قصده ما أشرنا إليه، فإن قال قائل: كيف تدخل صورة التركيب في رسمه.
(قلنا): إن صح التغليب في الصورتين فقد دخل في الرسم ما وقع التغليب به، وإن لم يقع تغليب فيؤتى لكل عقدة بما يخصها من رسمها، فيقال: ومن أسلم وباع عبدا بمائة إلى شهر وطعامًا بعبد إلى شهر، وقد أشرت إلى ما يبحث فيه قبل هذا.
(فإن قلت): ما أشار إليه الشَّيخ: في قوله: وما أجل ثمنه غير ما سلم غير مطرد بما إذا أعطى دينارًا نقدًا في عبد معين إلى يومين أو ثلاثة وما شابه ذلك من المعين الذي يتأخر قبضه إما جوازا وإما منعا

ابن الحاجب: هو لقب لما يفسد بعض صوره منها لتطرق التهمة بأنهما قصدا إلى ظاهر جائز ا ليتوصلا به إلى باطن ممنوع حسمًا للذريعة فأبطل ابن عبد السلام طرده بصرف فضة رديئة من رجل بذهب، ثم يشتري منه بذهبه فضة طيبة أقل من الأولى في مجلس أو مجلسين قريبين ومثله في الأطعمة كثير وبصور منع الاقتضاء من الطعام طعامًا، وأجاب بما حاصله: إن مراده باللقب جمع المعنى الذي استعملت فيه الصيغة عرفًا، وإن لم يحصل المنع لتحصيل الفائدة بحسب الإمكان؛ لأن هذا إنما يسلك عند تعذر الحد والرسم، ألا ترى كيف أتى به مشتملًا على ما يجوز وما لا يجوز.

قُلتُ: حاصله أنه حمله على أنه لم يقصد به تعريفًا، وإنما قصد لبيان مسمى اللفظ عرفًا مع دخول غيره فيه، وهذا خارج عن القواعد العلمية إذ لم يحمله على تعريف ولا على إخبار يصدق، والإعلام بالحقائق منحصر في التعريف الاصطلاحي المشروط بالطرد والعكس، وفي التعريف الشامل لنوع من مسميات اللفظ فقط، وشرطه الصدق بعدم دخول ما ليس من مسمياته تحته، كقولنا في تعريف منون من الأسماء: كل ذي تنوين تمكين اسم، ولو قيل فيه: كل ذي تنوين اسم لم يصلح لدخول الفعل والحرف فيه، والأمر أجلى من أن يقرر، ومن أنصف علم أن ظاهر كلام ابن الحاجب قصد التعريف لا الإخبار بقضية كلية لا تنعكس كنفسها، وما ذكره من عدم طرده يرد بأن

وذلك بيع لا سلم ويصدق فيه ما ذكر من خاصية السلم وكذا إذا باع دابة بنقد واستثنى ركوبها يوما أو يومين.

(قُلتُ): له أن يجيب عن ذلك بأن قوله: ثمنه العين وثمنه غيرها إعرابه أن العين صفة للثمن أو بدل، وكذلك في الثاني وذلك يدل على أن المؤجل هو الثمن كان عينا أو غيره وما ذكر لمؤجل هو المثمون وفيه بحث لا يخفى على ناظره.

(فإن قلت): أورد بعض الفقهاء على الشَّيخ إذا أسلم دينارًا في ثبوت، فإن هذا لا يصدق عليه الرسم؛ لأن المؤجل مثمون لا ثمن فهل ذلك صحيح أم لا.

(قُلتُ): روعي المسلم إليه كأنه اشترى بغير عين في ذمته وهذا فيه بحث مع ما قدمناه من الجواب في سؤال بيع المعين وتأمل أيضًا المنافع المضمونة في الذمة، فإنها لا يصدق عليها سلم عرفا وقد أخرجت من رسم السلم وهذا يصدق فيها ولعله وهو الظاهر أنه لم يقصد الرسم وإنما ذكر ما يشير به إلى فرق بين حقيقتين.

ضمير منها عائد على بيوع الآجال وذلك مانع من نقضه بمسائل الصرف، والاقتضاء من ثمن الطعام طعامًا إذا كان البيع نقدًا، فإذا كان إلى أجل فالنقض فيه ممنوع؛ بل هو من صور المعرف حسبما ذكره ابن رُشْد وغيره في جملة صور بياعات الآجال. وكان بعض الإسكندرانيين أورد أسئلة على مواضع من كلام ابن عبد السلام وبعث بها إليه زمن قراءتي عليه فطلبني بالجواب عن الأسئلة فأجبت عنها فنظرها، وبعث بها مع جالبها إليه منها سؤاله عما يعود عليه ضمير منها قال ما حاصله: إما أن يعود على صور أو على بيوع الآجال لا يخلو عن أحدهما وكلاهما باطل، أما الأول فلأنه تحصيل الحاصل فكان حشوًا، وأما الثاني فلإيجابه الدور؛ لأنها المعرف، وفهم الضمير متوقف على فهم ما يعود عليه وهو المعرف فالتعريف متوقف على فهم المعرف، وكان جوابه منع لزوم الدور لجواز عوده على بيوع الآجال من حيث المعنى الإضافي لا اللقبي، فهو من باب عندي درهم ونصفه ومما أنشد عليه سيبويه:

أرى كل قوم قاربوا قيد فحلهم ونحن خلعنا قيده فهو سارب

فإن قلت: شرط عود الضمير على اللفظ دون ا لمعنى تماثل المعنيين كالدرهمين والفحلين، ولذا جعله بعضهم من باب حذف المضاف والضمير عائد على المذكور لفظًا ومعنى أي ونصف مثله.

قُلتُ: إنما ذلك حيث لا يكون اللفظ في المعنى الذي يعود عليه الضمير أجلى منه في المعنى الذي استعمل فيه أولا كما في المثالين المذكورين، ولفظ بيوع الآجال في المعنى الإضافي أجلى منه في المعنى اللقبي، ويجاب أيضًا بأن فهم ما يعود عليه الضمير يكفي فيه مطلق الفهم بأمر صادق عليه أعم منه، والمستفاد من التعريف فهم حقيقته كالتصور الذي هو شرط في التصديق والتصور المستفاد من التعريف، فلا دور وعلة ممنوعه الذريعة وهي: ظهور جواز يقصد به فاسد لا نادرًا أقوى دليل اعتبارها، نقل الباجي الإجماع على منع بيع وسلف مع جوازهما منفردين ولا علة غيرها، وأثر عائشة قالت: لها محبة أم ولد لزيد بن أرقم: بعت من زيد عبدًا إلى العطاء بثمان مائة فاحتاج إلى ثمنه فاشتريته منه قبل محل الأجل بستمائة، فقالت: بئس ما شريت وبئس ما اشتريت

أبلغي زيدًا أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إن لم يتب قالت: فقلت: أرأيت إن تركت وأخذت الستمائة؟ قالت: نعم ﴿فَمَن جَاءَهُۥ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ﴾ [البقرة: 275][1].

أبو عمر رواه أبو إسحاق السبيعي عن امرأة أم يونس واسمها الغالية أنها سمعت عائشة ولا يحتج به عند أهل العلم بالحديث، وهؤلاء النساء غير معروفات بحمل العلم.

قال ابن عبد السلام: هذه أحسن طرق استدلالهم وهي ضعيفة؛ لأنها بناء على أن الأحكام لا تتبع الذوات ولا دليل عليه وإن قام عليه دليل فهو منقوض بالتعبدات، ولو سلم فما المانع من كون المنع في الصورة المذكورة لتضمنها سلفًا جر نفعًا حقيقة لا احتمالا، فلا يكون المنع للذريعة وذلك؛ لأن البائع قد يغتبط بالسلف والمشتري قد يغتبط بالسلعة يشتريها بأضعاف ثمنها فكيف إذا رضي البائع منه بالسلف، ويحققه أن القائل بأن منعه للذريعة يحكم في فوت السلعة فيه بالأقل من الثمن أو القيمة أو بأكثرهما ومن يجعله سلفًا جر منفعة، وهو ابن عبد الحكم وغيره يقول فيه بالقيمة مطلقًا، وبالجملة اتفاق عالمين على حكم صورة معينة لا يوجب اتفاقهما على مدركه وقد علمت أن البيع والسلف ممنوع بالإجماع، والحديث الصحيح، فكيف يقال علماء المسلمين مع أن فيهم من ينكر القياس وأكثرهم لا يقول بسد الذرائع ولا سيما في البيع - تركوا الإجماع والحديث الصحيح واعتبروا أسباب سد الذرائع، ثم إنا إذا سلمناه فإنما يثبت الحكم في بياعات الآجال بالقياس على منع البيع والسلف، وقد علمت أن المنع فيه إنما نشأ عن اشتراط السلف نصًا، وبياعات الآجال لا نص فيها باشتراط أن البائع يشتري السلعة التي باع، وإنما هو أمر يتهمان عليه ويستند في تلك التهمة إلى العادة والاستدلال بالعادة أضعف من الاستدلال بالتنصيص بكثير، وهب أن تلك العادة وجدت في قوم في المائة الثالثة بالمدينة أو بالحجاز فلو قلتم: إنها وجدت بالعراق، والمغرب في المائة السابعة، وقد علم أن العادة إنما تجري بوقوع أحد الممكنين

---

[1] أخرجه الدارقطني: 52/3، رقم (211) كتاب البيوع.

دون الآخر، وهؤلاء يجعلونه قانونًا عقليًا مطردا كالقواعد العقلية إلى آخر كلامه، كله راجع إلى ما تقدم.

قُلتُ: وقوله: وهي ضعيفة، إلى قوله: التعبدات حاصله أن التمسك بمنع البيع والسلف إنما هو بناء على عدم تعلق حكم المنع بالذوات، ولا دليل عليه، يرد بأنه إن أراد بقوله: على عدم تعلق الحكم بالذوات أنه بناء عليه ولو لم يقم دليل على كون الحكم معللًا، فواضح بطلانه؛ لأن الدليل المذكور إنما هو بناء على أنه معلل حسبما نص عليه المازري وابن شاس، وغيرهما، وإليه أشار ابن الحاجب بقوله: ولا معنى سواه وإن أراد أنه بناء عليه مع قيام الدليل على كون الحكم معللًا، فقوله: لا دليل عليه وهم لا يليق به ولا بمن تصور أدنى كلام في القياس في أصول الفقه وقوله: وإن قام عليه دليل فهو منقوض بالتعبدات، قوله: إن قام الدليل على عدم تعلق الحكم بالذوات فهو منقوض بالتعبدات وهم واضح؛ لأن الدليل القائم على ذلك إنما هو عند قيام الدليل على كون الحكم معللًا وبالضرورة أن التعبدات لا يصح النقض بها على الأحكام المعللة، وكلامه إنما يتصور على قول بعض الفقهاء: إن التعبدات هي الأحكام التي لا علة لها بحال، وهو ظاهر كلام ابن رُشْد في كتاب الصيام لا على قول أكثر الأصوليين: إنها الأحكام التي لم يقم على إدراك علتها دليل لا التي لا علة لها في نفس الأمر؛ بل كل حكم له علة في نفس الأمر ارتبط بها شرعًا تفضلًا لا عقلًا ولا وجوبًا قوله: لو سلم، إلى قوله: بالسلف يرد بأنه إن أراد بقوله حقيقة نصًا أو علمًا فلا خفاء في بطلانه، وليس كذلك، وإن أراد به ظنًا رد بالقول بموجبه؛ لأن المنع في صور بيوع الآجال إنما هو عند ظن حصول الوصف الموجب للمنع قوله: ويحققه إلى قوله: مطلقًا يرد بأن قوله: القول بالأكثر من القيمة أو الثمن والأقل منهما بناء على فساده بالذريعة، والقول بالقيمة مطلقًا بناء على أنه سلف جر نفعًا دعوى لا دليل عليها ولا مناسبة لها تنتج التفرقة المذكورة إذ لا مناسبة بين كون ا لفساد للذريعة والحكم بالأقل من القيمة أو الثمن وإنما القولان بناء على إلزام أحدهما ما التزمه في العقد من رضاه، بما هو أقل من القيمة أو بما هو أكثر منها لقاعدة أن من التزم شيئًا فقد لزمه، وعدم التزامه؛ لأنه إنما التزمه في عقد بطل لفساده فيبطل ببطلان محله، ولذا اختلفوا لو غاب على السلف

حسبما مر في البيع والسلف.

قوله: وبالجملة اتفاق عالمين على حكم صورة معينة إلى قوله: على مدركه يرد بوضوح العلم بأن الاستدلال بالإجماع على منع البيع مع السلف غير متوقف على الاتفاق على مدركه، وما ادعاه فيه أحد من شُيُوخ المذهب، ولا ألم به على تعليله، بمظنة التهمة على ما لا يجوز بالمناسبة الواضحة مع نفي ما سوى ما ادعى عليته، وإليه أشار ابن الحاجب بقوله: ولا معنى سواه قوله: وقد علمت أن البيع والسلف إلى قوله الذرائع.

قُلتُ: حاصله: أن القول بدلالة منع البيع مع السلف على اعتبار ا لذرائع في الأحكام الشرعية ملزوم لترك الإجماع والحديث الصحيح الدالين على المنع المذكور، وهذا وهمٌ شنيعٌ؛ لأنه يلزم منه أن كل قائل بحكم نص أو إجماع أبدا لذلك الحكم علة بأحد طرقها المعروفة أنه تارك للأخذ بذلك الإجماع والنص، وكيف يفهم قائل هذا اختلاف الشافعي مع غيره من الأصوليين في كون حكم الأصل ثابتًا بالعلة أو النص.

قوله: ثم إنا إذا سلمنا ذلك إلى قوله: يتهمان عليه حاصله أن علة منع البيع مع السلف انضمام السلف إليه بالشرط، فقياس بيوع الآجال عليه لا يتم للفرق بأن الانضمام في البيع والسلف اشترط نصًا وانضمام البيعة الثانية في بيوع الآجال الذي ادعى أنه علة ليس مشترطًا نصًا ويرد بوجوه:

الأول: إن المدعى عليته في الأصل والفرع متحد في حصوله بمجرد الفعل دون شرط، وبيانه: إن قصد الانتفاع بالسلف غير قصد، جر السلف نفعًا، والشرط إنما هو متعلق دائمًا أو في الأكثر بالأول؛ لأنه إنما يصدر من آخذ السلف لا من معطيه، وهذا ليس علة في المنع.

والثاني: إنما حصوله دائمًا أو في الأكثر بمجرد الفعل؛ لأنه الصادر من معطي السلف وهو غير مشترط؛ بل مشترط عليه، والشروط إنما يشترطها من هي له لا من هي عليه، وهذا هو علة المنع، وهو السلف من حيث كونه يجر النفع لغيره لا من حيث كونه منتفعًا به، فقد اتحدت علة المنع في الأصل والفرع في عدم الاشتراط والحصول

بمجرد الفعل الثاني سلمنا امتياز صورة الأصل بالنص على شرط الانضمام؛ لكن يجب إلغاؤه بالتنقيح، كما في قوله ﷺ: لا يقضي القاضي حين يقضي وهو غضبان[1]، فكما ألغوا وصف خصوصيته الغضب واعتبروا مجرد التشويش كذا يلغي وصف خصوصيَّة الشرط ويعتبر مجرد التهمة على ما لا يجوز الثالث منع كون مراد أهل المذهب بالدليل.

المذكور استنتاج الحكم بالفساد في صور بيوع الآجال بالقياس على منع البيع مع السلف؛ بل مرادهم استنتاج الحكم بسببية وصف الذريعة في مطلق الحكم كقياس المطلق في المرض على قاتل مورثه عمدًا المستنتج به سببية فعل ما لا يجوز في معاملة فاعله بنقيض مقصوده لا بثبوت الإرث أو نفيه لتناقضهما فيه، وإذا ثبت هذا فشرط السلف إنما هو جزء من محل الحكم بالسببية والمحل، أو جزؤه لا يصح كونه جزءًا من محله، فامتنع الفرق به، قوله: ويستند في تلك التهمة للعادة إلى آخر كلامه حاصله زعمه أن اعتبار التهمة عندهم إنما هو مستند للعادة، وإنما هو مستند إليها لا يطرد في عموم الأمكنة والأزمنة، وما ذكره من عدم اطراد العادة صحيح، وما ذكره من الاستناد إليها وهم وإنما استندوا في اعتبارها بمناسبة وصف الذريعة للحكم بالمنع فحكموا لها بالعلية بحكم المنع أو بحكم السببية عملًا بالمناسبة مع السلامة من المزاحم حسبما مر.

قوله: يجعلونه قانونًا عقليًا إلى آخره لا أعلم من جعله عقليًا بحال، إلا أن يكون أطلق عقليًا مجازًا وهو إيهام غير محتاج إليه فتأمله بمقتضى قول الحق.

فإن قلت: قد وقع في كلام ابن بشير التصريح باعتبار العادة منه قوله: إن ظهر ما تختلف العوائد في القصد إليه كدفع أكثر في أقل مما فيه الضمان ففيه قولان وصرح اللخمي بجري بعض الأقوال على العادة.

قُلتُ: إنما وقع لهم ذلك في تحقيق اندراج بعض الصور تحت دليل المنع وعدمه، لا في تقرير دليل المنع الكلي الذي زعم المعترض أنه مبني عليه، ولهم في تقرير اعتبار

---

(1) أخرجه البخاري: 120/13 و121 في الأحكام، باب هل يقضي الحاكم أو يفتي وهو غضبان، ومسلم: رقم (1717) في الأقضية، باب كراهية قضاء القاضي وهو غضبان. بلفظ: لا يقضين حَكَم بين اثنين وهو غضبان.

موجب الفساد طريقان إجمالي وتفصيلي.

أما الأول: فقال ابن بشير وابن شاس، ما حاصله: إن كثر قصده كبيع وسلف جر منفعة اعتبر اتفاقًا، وإن قل كدفع كثير من نوع العين في قليل من النوع الآخر فالمشهور لغوه وإن توسط كدفع أكثر في أقل من مضمونين فقولان مشهوران وقول ابن الحاجب ولو اعتبر البعيد لمنع بالمثل وبأكثر نقدا والتزمه بعضهم وهم تبع فيه ابن بشير وقبله ابن هارون وذكره ابن شاس على الصواب حسبما نذكر لابن محرز، والتفصيلي يأتي والتهمة في بيعتي النقد لغو، إن لم يكن أحد عاقديها من أهل العينة ومعتبرة إن كان من أهلها اتفاقًا فيهما لظاهر نقل المازري وعياض وغيرهما، وإلا فقال أصبغ: معتبرة.

اللخمي: يريد ما لم يكن الآخر من أهل الدين والفضل، وتبعه المازري، ونقل ابن محرز قول أَصْبَغ كأنه المذهب غير معزو له، ولم يقيده بشيء. وقوله: إن لم يكن أحدهما من أهل العينة لم يتهما في بيعتي النقد على حال في المذهب الأظهر يشعر بالخلاف، وفي بيعتي الأجل معتبرة اتفاقًا ولو لم يكن أحدهما من أهل العينة، وإن كانت الأولى نقدًا والثانية لأجل فقال المازري: في المذهب في ذلك خلاف.

اللخمي: روى محمد حملها على بيع الأجل، وقال ابن القاسم، وأشهب: لا بأس أن يبتاعها البائع بأكثر إلى أجل قبل أن ينتقد أو بعد.

ابن بشير: المشهور لا يتهم فيهما إلا أهل العينة، والشاذ اتهام عموم الناس، وإن كانت الأولى إلى أجل فككونهما إليه ولهم في تقرير الممنوع طريقان إجمالي وتفصيلي:

الأول: قال المازري وغيره: ضابطه إلغاء المبيع ثوبًا كان أو غيره برجوعه لبائعه واعتبار ما خرج من اليد ولم يعد وما أخذ منه فإن صح صحتا وإلا فلا، وقولهما: ثوبًا كان أو غيره، إن أرادا أو غيره من ذوات القيم فواضح وبه عبر ابن الحاجب، وإن أرادا مطلقًا لم يتم.

وأما التفصيلي: فلهم فيه عبارات أقربها عبارة ابن رُشْد قال: صور المبيع المعروف بعينه لأجل بثمن من جنس ثمنه سبع وعشرون؛ لأنه إما لما دون الأجل أو إليه أو إلى أبعد منه بمثل الثمن أو أقل أو أكثر، هذه تسع وضعفها في شراء بعضه، وكله مع غيره فتسع ما إلى الأجل جائزة لوجوب المقاصة.

قُلتُ: نص غير واحد شرط عدمها يفسدها، قال: وما قبله أربع صور شراؤها أو شراء بعضها بمثل الثمن أو أكثر جائزة لا صورتاهما بأقل وإلى أبعد أربع صورًا شراؤها أو مع غيرها بمثل الثمن أو أقل جائزة، وصورتا شرائها بأكثر، وثلاث شراء بعضها لا يجوز، والغيبة على المبيع لغو، وقال ابن محرز في صورتي شرائها بمثل الثمن أو أقل بعد انتفاع مبتاعها بها، القياس منعها لسلف المبتاع مع تقدم انتفاعه بالسلعة في الأولى، وسلفه مع شرائه ما انتفع به ببقية الثمن في الثانية، وأجاب بأنما المعتبر عندهم الحاصل بعد البيعة الثانية، وما قبله لغو، قال: ونقل أبي الفرج عن ابن الماجِشُون: لا يجوز شراؤها بمثل الثمن أو أكثر إلى أبعد من الأجل لا وجه له إلا اعتبار انتفاع المبتاع بالمبيع.

المازري: لم أجده لأبي الفرج في الحاوي. وقول ابن الحاجب: ويشكل منها بأكثر إلى أبعد وهمٌ لوضوحها نقلًا ووجها.

عبد الحق عن بعض شُيُوخه: لو اشتراها بأقل إلى أبعد فتراضيا على تعجيل الثمن قبل أجله أو بأكثر نقدًا أو إلى دون الأجل فتراضيا على تأخيره إلى أبعد لم يفسخ لعقدهما أولًا على الصحة كمنع شرط النقد في الخيار والمواضعة وصحة الطوع به بعد العقد، ورده عبد الحق ببناء بيوع الآجال على التهمة وذكر المازري المسألة، وقال: اضطرب فيها الأشياخ.

قال ابن عبد السلام: ينبغي أن ينظر لقرب زمن التعجيل من يوم الشراء وبعده منه فيمنع في الأول لا الثاني.

قُلتُ: تحقيق العبارة أن ينظر إلى بعد التعجيل عن الأجل فيمنع وإلى قربه منه فلا يمنع إذ قد يبعد عن زمن الشراء مع بعده عن الأجل فيمنع، ولعل مرادهم؛ لأن المنع في الأصل إنما هو للتهمة.

عبد الحق عن بعض شُيُوخه عن الدمياطي عن ابن القاسم: لو مات مبتاعها إلى أجل قبله جاز للبائع شراؤها من وارثه، لحلول الأجل بموته، ولو مات البائع لم يجز لوارثه إلا ما جاز له من شرائها.

ولو أفات السلعة بائعها ببيع أو عطية أو استهلاك غرم لمبتاعها الأكثر من ثمنها

أو قيمتها في فوتها بالبيع، وقيمتها في غيره فإن كان ليس أقل من ثمنها الأول غرمه لبائعها، وإلا ففي غرمه إياه، أو ما قبض لفوتها، ثالثها إن فاتت بغير بيع أو به، والمشتري الأول من أهل الدين والفضل، ورابعها: الأول ما لم يكن أحدهما من أهل العينة فيفسخ البيع اللخمي عن المجموعة وسماع يحيى ابن القاسم واختياره، ونقله عن أصبغ، وقول ابن الحاجب، ولو أفات البائع السلعة بما يوجب القيمة فكانت أقل فقولان مجمل: لشيوع احتمالها في الأربعة دون مرجح، والأظهر أنه أراد ثاني الأربعة وغير باقيها وهو تأخير قبض المبتاع ما وجب بالإتلاف إلى حلول أجل الثمن لتوقف فهم تالي كلامه عليه وهو قوله: فإن التهمة فيها أبعد لو كانت الأولى نقدًا؛ لأن مراده به والله أعلم توجيه القول بعدم تعجيل الغرم بالقياس الأحروي على القول بالمنع فيمن باع ثوبًا بدينار نقدًا ثم اشتراه بدينارين إلى أجل لاشتراكهما في دفع قليل من كثير، وبيان الأحروية أن التهمة في الفرع أقوى منها في الأصل وهذا؛ لأن أصل معاملتهما في الفرع إنما كان يبيع لأجل والبيع إلى أجل يتهم فيه أهل العينة وغيرهم وهو معنى مناسب للمنع وهو مفقود في الأصل؛ لأن أصل معاملتهما إنما كان يبيع نقدًا، وقوله: وفرق بقوة تهمة دين بدين توجيه للقول بالتعجيل، وبيانه أنه لا يلزم من عدم التعجيل في الأصل عدمه في الفرع؛ لأن عدمه في الأصل لا يستلزم المفسدة الناشئة عن ذمة بذمة إنما يستلزم منع البيعة الثانية وعدمه في الفرع يستلزمها ضرورة بقاء ذمة البائع المتلف للمبيع عامرة بقيمته لمبتاعه للأجل مع عمارة ذمته للبائع بالثمن، فإن قيل: هذه المفسدة معارضة بمفسدة دفع قليل في كثير إن عجل الغرم، أجيب بأن تهمة الدين بالدين أقوى من تهمة دفع قليل في كثير، ولذا عبر المؤلف بقوة تهمة دين بدين لا بتهمة دين بدين، وقوله: ولذا فسد في تساوي الأجلين إذا شرطا عدم المقاصة هو بيان الدين بالدين على تهمة دفع قليل في كثير، وصح في أكثر إلى أبعد إذا شرطا المقاصة هو بيان لقوة تهمة الدين بالدين على تهمة دفع قليل في كثير، وبيانه مع أنه من المضايق أن نقول: شرط عدم المقاصة يوجب الفساد في ابتياعها بأكثر إلى أبعد من الأجل، وهو مقارن لعلة دفع قليل في كثير، ولعلة عمارة ذمة بذمة، وهذا الوصف الموجب الفساد والمقارن للعلتين المذكورتين مقارنة إحداهما له وهي عمارة ذمة بذمة ألزم من الأخرى؛ لأنه لو عرض

لهذا الوصف وهو شرط عدم المقاصة كون الثمن الثاني ليس أكثر من الأول انتفى عنه علة دفع قليل في كثير، وبقي علة عمارة الذمتين، فعمارة الذمتين ألزم لموجب الفساد الذي هو شرط عدم المقاصة من دفع قليل في كثير له، فالوصف الملازم أقوى من المفارق ضرورة، وتهمة الأقوى معه أقوى من تهمة غير الأقوى معه ضرورة أن المتفاوتين إذا زيد على أحدهما ما هو مساو لما زيد على الآخر لم يزالا متفاوتين وجعل ابن عبد السلام أحد نقلي ابن الحاجب عدم التعجيل حسن ولا يخفى على منصف تقريره كلام ابن الحاجب بقوله، قوله: فإن التهمة فيها أبعد، لو كانت الأولى نقدًا هذا توجبه للقول بمنع المسألة السابقة على ضعفه؛ لأن البيعة الأولى من البيعتين إن كانت مؤجلة اتهم فيها كل أحد وإن كانت نقدًا فالمشهور لا يتهم فيها إلا أهل العينة فكأنه يقول التهمة الضعيفة التهمة في مسألة إفاتة البائع السلعة أقوى منها إذا كانت الأولى نقدًا فإذا روعيت التهمة فأحرى القوية.

قُلتُ: فجعل المستنتج بهذا الكلام منع مسألة الإتلاف بالقياس الأحروي على منع مسألة البيعتين أولاهما نقدًا، ولم يتقدم له في مسألة الإتلاف قول بمنع المسألة بحال، إنما فسر نقلي المؤلف بتمكين المشتري قبض الأقل وعدمه، ويبعد أن يريد بمنع المسألة منع التعجيل ليس العبارة عنه بلفظ منع التعجيل، ثم قال: قوله: ولذا فسد في تساوي الأجلين إذا شرطا إلى آخره، يعني لمراعاة قوة التهمة وضعفها منع ما أصله الجواز وهو إذا تساوى أجل البيعتين وشرطا عدم المقاصة وأجيز ما أصله المنع، وهو ما إذا كانت البيعة الثانية بأكثر إلى أبعد من الأجل إذا شرطا المقاصة لما أدى إليه في الأولى من الدين بالدين، وفي الثانية إلى السلامة من دفع قليل في كثير، ولقائل أن يقول قوة التهمة وضعفها في هاتين الصورتين إنما نشأ عن الشرط، والصورتان المتقدمتان ليس فيهما شرط فلا يصح احتجاجه. انتهى.

قُلتُ: حاصله بيانه قوة التهمة بصورة المنع، وبيان ضعف التهمة بصورة الجواز، وبيانه الثاني بالثانية لا يصح؛ لأن ضعف التهمة إنما يصدق حيث يكون هناك شيء يتهم عليه، والصورة الثانية ليس فيها ما يمكن أن يتهما عليه بحال.

فإن قلت: فيها ما يمكن أن يتهما عليه، وهو قصدهما عمارة ذمتهما بما لكل منهما

على الآخر إلى أجل.

قُلتُ: إن اعتبر هذا أنتج الخلف، وبيانه أن صورة الجواز على هذا التقدير ملزومة لإبقاء التهمة على الدين بالدين، وصورة المنع عنده ملزومة لاعتبارها عملًا بقوله لما أدى إليه في الأولى من الدين بالدين فتكون التهمة على الدين بالدين معتبرة لا معتبرة أو قوية لا قوية، وهذا خلف والتهمة على مبادلة لا تجوز بتقديم الأردأ معتبرة فما باعه بمائة دينار قائمة لشهر لا يجوز أن يشتريه بمائة مثاقيل نقدًا، وما اشتراه بمائة محمدية لشهر لا يجوز بمائة يزيدية نقدًا، وفي منع شرائه إياها بها للأجل قولان لنص ابن القاسم، وتخريج اللخمي من إجازة ابن القاسم وعبد الملك شراء ما باعه بمائة قائمة لشهر بمائة مثاقيل للشهر، وفيها: ما باعه بمائة محمدية لشهر لا يجوز بمائة يزيدية نقدًا.

المازري: في كون علته اشتغال الذمتين بسكتين مختلفتين أو لأن اليزيدية دون المحمدية طريقان للأشياخ وعليهما منع عكس المسألة، وجوازها.

قُلتُ: عزا ابن محرز الأولى لأكثر الأشياخ والثانية لبعضهم، ولما جعل اللخمي ما تقدم من التهمة على المبادلة قال: وأما المراطلة فلابن القاسم وعبد الملك إن باعها بعشرة عتق إلى شهر ثم اشتراها بعشرة هاشمية نقدًا هي بزيادة عددها مثل العتق أو أكثر فلا بأس وإلا فلا خير فيه، ولو نقصت العتق خروبة خروبة والهاشمية رديئة وازنة، فإن كان في زيادة وزنها ما يحمل وجوه العتق فأكثر جاز وإلا فلا، وهذا خلاف منع ابن القاسم المحمدية باليزيدية، والمنع في المراطلة أقوى؛ لأنها مبايعة، المبادلة تفضل من صاحب المحمدية، وجواز الجميع أحسن؛ لأن التهمة في بيوع الآجال أن يقدم قليلًا في كثير، وفي لغو التهمة على صرف مؤخر، ثالثها إن بان فضل المعجل على المؤخر كشراء ما بيع بأربعين درهمًا لشهر بعشرين دينارًا نقدًا، لتخريج اللخمي على قول ابن القاسم مع عبد الملك ونقله عن أشهب وابن القاسم فيها، ونقل التونسي والمازري كاللخمي، وجعل ابن بشير الأول نصًا ولم يعزه.

وفيها: ما بيع بأربعين درهمًا لشهر جائز شراؤه بثلاثة دنانير نقدًا، والثمنان طعامًا كالعين.

وفي جواز شراء ما باعه بقفيز حنطة بقفيزين مثله كالعين، ومنعه لضمان غير العين

نقل عبد الحق، وقوله: قائلًا؛ فيها تنازع ما علمت فيها رواية ولم يحك ابن محرز غيره وعزاهما المازري للمتأخرين، وجعل ابن شاس شراءها بأقل لأبعد مثلها في الخلاف قائلًا: إن اختلفا بالجودة أو النوع فكالعين، وفي جواز شراء ما بيع بثوبين لشهر بثلاثة من صنفهما نقدًا أو بثوب لأبعد من شهر نقلا المازري عن المتأخرين على لغو الضمان واعتباره.

ابن شاس: إن كان الثمنان عروضًا من جنسين جازت الصور التسع إذ لا ربا في العروض، وإن كانا من جنس واحد، فاثنتان من الصور التسع ممنوعتان اتفاقا، وجازت خمس كذلك، واختلف في اثنتين كما مر في الطعام للضمان.

قُلتُ: وقول عبد الحق: (لا أعرف فيها رواية) نظر لسماع عيسى ابن القاسم: من ابتاع ثوبين بسلعة موصوفة لأجل ثم باعها من صاحبها بثوب من صنف ثوبيه لا بأس به كشراء سلعة بدينارين نقدًا ممن ابتاعها منه بدينار لأجل.

ابن رُشْد: إذ لا يتهم أحد في دفع ثوبين في ثوب من صنفه، وقول ابن شاس: إن كان الثمنان عروضًا من جنسين جازت الصور التسع تبع فيه ابن بشير وتبعهما ابن الحاجب. وهو وهم لنص سلمها الثالث، إن بعت ثوبًا بمائة درهم لشهر جاز أن تشتريه بعرض أو طعام نقدًا، ولو كان ثمن العرض أقل من المائة ولا يجوز بعرض مؤجل ولو كان لدون أجل المائة لأنه دين بدين.

ابن رُشْد: إن كان المبيع مثليًا ففي شرائه أو بعضه أو أكثر منه بغير مؤخر لأجله بمثل ثمنه أو أقل أو أكثر ثمان عشرة مسطح، الثلاثة الأول والثانية في حالتي الغيبة على المبيع وعدمه وكذا للأجل ما اشتري فيها بأكثر أو بأقل دون مقاصة فيهما أو بها مع الغيبة كذلك ممنوع صوره خمس عشرة، وصورة شراء الأقل بعد الغيبة بمثل الثمن مقاصة في كراهتها أحد قولي مالك، وثانيهما مع ابن الماجِشُون لاعتبار التهمة على بيع عشرة أرادب بخمسة لأجل وإلغائها.

المازري: واضطرب المتأخرون في هذه المسألة أشار بعضهم لمنعها لمفهوم قولها: لا بأس أن يشتري بمثل الثمن فأكثر مثل مكيلة ما باع أولا، وقال الأكثر: مفهومها لغو فاحتج الآخرون بقول سلمها: لا يجوز اقتضاء مثل بعض طعام عن ثمنه لمآله لبيع

قفيز بنصفه، ومثله شراء الأقل بمثل الثمن، فأجاب الأكثر بأن الاقتضاء ملزوم لبراءة ذمة المشتري فلزم كون المقتضي ثمن الأول فجاء بيع طعام بأقل منه، ومثله شراء الأقل ثمن الأول، فيها باق، وبقاؤه يمنع لزوم كون الأقل ثمنه.

قُلتُ: هذا منتزع من جواب للشيخ عن تعقب لمحمد على ابن القاسم.

قال ابن رُشْد: وباقيها جائز علة ممنوعها التهمة على سلف بزيادة أو بيع وسلف أو عين وعرض في عين لأجل كعشرة أرادب بعشرة دراهم لأجل يبتاع منها بعد غيبتها خمسة بخمسة نقدًا.

عبد الحق عن بعض شُيُوخه: لو باعه بثمن لأجل ثم اشترى مثله صفة وقدرًا بعرض نقدًا لم يجز؛ لأن ما أخذ من طعام كسلف اقتضي، والعرض مبيع بالثمن المؤجل فهو بيع وسلف.

الصقلي: الأظهر جوازه إذ لا تهمة فيه.

ابن رُشْد: في شرائه كذلك لأبعد من أجله ثماني عشرة صورة ممنوعها اتفاقًا ثلاث عشرة هي كون المشترى أقل من المبيع بمثل ثمنه أو أقل وكونه بحالاته الثلاث بأكثر من ثمنه بعد الغيبة وقبلها في الخمسة وكونه أكثر بمثل ثمنه أو أقل وكونه كقدر المبيع بأقل من ثمنه بعد الغيبة في الثلاثة، وفي قدره بمثل ثمنه بعد الغيبة قولا ابن الماجِشُون وابن القاسم بناء على اعتبار أسلفني وأسلفك وإلغائه، وباقيها جائز، علة ممنوعها التهمة على بيع بزيادة، أو البيع والسلف.

قُلتُ: وبهذا يتبين فساد إطلاق.

ابن الحاجب: قوله: إن كانت السلعة طعامًا أو مما يكال أو ما يوزن فمثلها صفة ومقدارًا كعينها دون تقييده بعدم الغيبة عليه، وكذلك قوله: فإن اختلفا في المقدار، فاجعل الزيادة والنقص في المردود مثلها في الثمن ولكن على العكس فإن كان الراجع أقل فكسلعتين، ثم اشتريت أحدهما فإن كان أكثر فكسلعة ثم اشتريت مع أخرى وسيأتيان.

اللخمي ومن بعده: الاختلاف بالجودة والرداءة كالكثرة والقلة، وغير صنفه من جنسه كالشعير أو السلت مع القمح أو المحمولة مع السمراء.

قال عبد الحق عن بعض شُيُوخ القرويين: كمخالف جنسه لا تهمة فيه وحكاه اللخمي بلفظ: قيل: وفي سلمها الأول: لا يجوز لمن باع طعامًا أن يقبض في ثمنه طعامًا من صنفه أو غير صنفه إلا أن يأخذ منه به بعد الأجل مثل ما باعه صفة وكيلًا، إن محمولة فمحمولة وإن سمراء فسمراء فيجوز وهي إقالة هذا لفظ أبي سعيد والصقلي بزيادة بعد الأجل، ومقتضاه منعه قبل الأجل ولا وجه له وليس لفظ بعد الأجل ثابتًا في الأم بحال، ولفظها: وإن اقترضته محمولة جاز أخذك مثل كيلها سمراء بعد الأجل ولا خير فيه قبله وإن كنت إنما بعته طعامًا بثمن إلى أجل فلا بأس أن يأخذ منه بالثمن طعامًا مثله في صفته وكيله إن محمولة فمحمولة وإن سمراء فسمراء ونحوه في آخر سلمها الثاني.

قُلتُ: والفرق بين الطعام القرض وثمن الطعام أن بيع الطعام بطعام لأجل ممنوع، وهو لازم أخذه في القرض قبل حلول أجله وبثمن لأجل جائز وهو لازم أخذه في بيع الطعام.

[باب ما يمنع فيه اقتضاء الطعام من ثمن المبيع وما يجوز]

وضابطه جعل المقتضى ثمنًا للمبيع[1]، ولذا امتنع أخذه عن كراء أرض بعين وعليه سماع عيسى رواية ابن القاسم لمن باع طعامًا بثمن نقدًا أو لأجل أن يأخذ فيه زيتًا قبل أن يفترقا، فإن تفرقا فلا خير فيه نقدًا كان الثمن أو لأجل، وقول سلمها الثالث: إن بعت حب قضب أو غيره لأجل فلا أحب أن تقبض في ثمنه شيئًا مما ينبت ذلك الحب إذا تأخر لأجل ينبت من ذلك الحب قضب، وإن كان نقدًا أو لأمد لا ينبت

(1) قال الرَّصاع: يعني بذلك أن الطعام المقتضي صيره ثمنًا للمبيع، فإن جاز بيعه به جاز وإلا منع فإذا باع طعاما إلى أجل بدراهم ثم أخذ طعاما عند الأجل أو قبله من غير صنفه فلا يجوز لدخول الربا فيه وإن كان من صنفه وقدره وقد حل الأجل جاز ذلك؛ لأنه إقالة واقتضاء الطعام من ثمن الطعام لا يجوز لأجل ما ذكر.

قال الشَّيخ: ولذا امتنع أخذ الطعام عن كراء أرض بعين يعني؛ لأنه يؤدي إلى كراء الأرض بالطعام، ويجوز إذا باع طعامًا نقدًا بثمن أن يأخذ عنه زيتًا نقدًا والله سبحانه أعلم.

من الحب قضبًا جاز، وقولها في أكرية الدور: ومن أكرى أرضه بدنانير مؤجلة فحلت فلا يأخذ بها طعامًا ولا إدامًا وليأخذ ما يجوز أن يبتدي به كراءها.

قُلتُ: وكذا اللحم عن ثمن الحيوان وعكسه.

الباجي: إن أخذ أقل من الأول في كيله وهو مثله في نوعه وصفته فاختلف فيه قول مالك في الموَّازيَّة أجازه فيها مرة، وبه قال أشهب وأباه مرة وهو الذي في المدَوَّنة الصقلي عن ابن القاسم: لا يعجبني أن يأخذ إلا مثل كيل حنطته وصفتها بمثل الثمن أو أكثر منه، ولا يجوز بأقل؛ لأنه سلف جر نفعًا، وقال في العتبية: استثقل مالك أن يأخذ أكثر من مكيلته وهو سهل، ولو قاله قائل: لم أره خطأ، وأجازه أشهب ولم يذكر اللخمي في منع أخذ أكثر من الأول خلافًا، ولما ذكر ابن محرز منع ابن القاسم أخذ أقل من الأول قال: وخالفه فيه أشهب وقال: لا تهمة فيه، كما لو أقاله من عروض السلم على أقل من رأس المال وهو ذهب، فكما لم يكن ذهبًا بذهب؛ لأنتفاء التهمة فكذا في الطعام، واتفقا في العروض إذا كانت رأس المال؛ لأنه يجوز أن يأخذ عنها أقل منها، ووجه قول ابن القاسم الفرق بين الذهب والطعام أن الذهب لا ضمان فيه وإن كان فيه الربا، والطعام فيه الضمان والربا، وأجازه في العروض وإن كان فيها الضمان؛ لأنه لا ربا فيها وخالف ابن القاسم أصله في الموَّازيَّة فأجاز أن يأخذ من ثمن طعامه من جنسه مثل كيله أدنى منه، ويحتمل أن يفرق بأن بيع مائة بخمسين لا يجوز، وبيع مائة بمائة أدنى جائز.

قُلتُ: فقول ابن الحاجب: وجاء في بيع أقل منه بمثل الثمن: قولان لمالك وابن القاسم، الأردأ مثله الأظهر أن مراده لكل منهما القولان.

أما لمالك فقد صرح بهما الباجي عنه، وأما لابن القاسم فما أشار إليه ابن محرز بقوله: وخالف ابن القاسم أصله إلى آخره، ويكون ابن الحاجب غير معتبر الفرق الذي ذكره ابن محرز، ولذا قال: وإلا روي مثله، إلا أن أحد قولي ابن القاسم على هذا التقدير مخرج لا نص.

اللخمي: إن كان الثاني أدنى صفة وأكثر كيلًا لم يجز.

قُلتُ: ويبعد دخول: قول أشهب الجواز لدوران الفضل من الجانبين قال: وإن كان أدنى في الكيل أو في الصفة أو فيهما كان فيها قولان: المنع، والإجازة.

قُلتُ: وظاهر نقل الصقلي عن ابن القاسم لا يعجبني الكراهة فيتحصل فيها ثلاثة أقوال.

اللخمي: والجواز أحسن إذ لا تهمه غالبًا فيما يجد إلى وضيعة إلا أن يقوم دليلها كزمن خوف أو خوف فساده أو رخصه مع رجاء نفاقه فيتهمان على ضمان بجعل إلا أن يكون الآخر تافهًا يسيرًا وإن أخذ محمولة من ثمن سمراء مثل كيلها أو أقل فرأى ابن القاسم مرة في كتاب الصرف أنهما مما تختلف فيهما الأغراض فيمنع للتفاضل إن أخذ أدنى وللنساء إن أخذ مثل المكيلة، ورأى مرة أن المحمولة أدنى فيختلف هل يتهمان على الضمان بجعل حسبما تقدم، وإن أخذ تمرًا أو قطنية فالمعروف لا يجوز، وتجري على القول في بيوع الآجال أجاز ابن القاسم في المدَوَّنة لمن باع ثوبًا بدرهم لأجل شراؤه بدنانير نقدًا إن كانت الدنانير أقل من الأولى بالشيء البين وأجاز مع عبد الملك في المجموعة: إن كانت الدنانير مثل صرف الدراهم بالنقد يوم البيع الأول؛ لأنه يخسر الصبر فجعل التهمة فيما يعود بزيادة فعلى قوله في المدَوَّنة: إن كان ثمن ما أخذ أخيرًا أقل من الأول بالشيء البين جاز، إذ لا تهمة فيه وعلى قوله في المجموعة: يجوز إن كانت قيمة الطعام الثاني مثل قيمة الأول يوم وقع البيع، ويمنع إن كانت أكثر والمراعى وقيمة الطعامين يوم البيع الأول ولا يعتبر نقصها بعده، ومن باع ثمر حائطه رطبًا بدين لأجل ففي جواز أخذه إذا صار تمرًا ببعض ثمنه أو كله أو بأكثر منه، ومنعه ثالثها في التفليس ويختص به عن غرمائه لابن رُشْد عن أول قولي مالك ورواية أشهب مع رواية ابن حبيب وآخر قوليه.

قُلتُ: الأول في سماع القرينين بزيادة: لما سئل عنه أطرق طويلًا، ثم قال: لا بأس به إن كان قد استجد التمر ويبس وإلا فلا خير فيه؛ لأنه دين بدين، وذكر اللخمي قوله الأول والثالث قال: والأحسن جوازه مطلقًا؛ لأنه طعامه بعينه، وفي سلمها الثالث: وإن أحلت على ثمن طعام لك من له عليك مثل ذلك الثمن من بيع سلعة أو قرض لم

يجز للمحال به أن يأخذ فيه من الطعام إلا ما كان يجوز لك أن تأخذ من غريمك.

الصقلي: يريد ولو كان ماله عليك إنما هو ثمن طعام مخالف للذي بعت من غريمك لم يجز أن تأخذ من غريمك طعامًا بحال.

قُلتُ: هو نص سماع عيسى ابن القاسم في السلم والآجال.

اللخمي: إن أحال المشتري البائع على غريم له لم يأخذ البائع من المحال عليه إلا ما جاز أن يأخذه من المشتري منه، وهذا حماية ولا أفسخه إن نزل ولم يتعقبه المازري.

وقال ابن بشير: فيه نظر؛ لأن علة منع الاقتضاء من ثمن الطعام طعامًا قد وجد هنا.

اللخمي والمازري: وإن أحال البائع على المشتري رجلًا فأحاله المشتري على آخر جاز أن يأخذ طعامًا أي صنف أحب؛ لأن خروج البائع والمشتري يرفع علة المنع لضعف التهمة.

وسمع أَصْبَغ ابن القاسم: من اشترى بدرهم لحمًا من جازر فأعطاه به حميلًا فغرمه الحميل للجازر فله أن يأخذ به من الغريم ما يشاء من الطعام.

ابن رُشْد: لأن الحميل لم يدفع طعامًا، ولو أراد الجازر أن يأخذ بالدرهم من الحميل طعامًا لم يجز؛ لأنه دفع طعامًا قاله ابن دحون وفيه نظر؛ لأنه أنزل الحميل منزلة المحال عليه في ذلك حسبما يأتي في سماع أَصْبَغ من كتاب الكفالة والحوالة، وليس بمنزلته فإن أخذه من الحميل على وجه الابتياع له بالدرهم الذي له على المشتري جاز اتفاقًا إن كان المشتري حاضرًا مقرًا بالدرهم يتبعه به الحميل لابتياعه إياه من الجازر بالطعام الذي دفع إليه فيه وإن أخذ الطعام منه صلحًا عن المشتري في الدرهم الذي عليه فقيل ذلك جائز والمشتري بالخيار في إمضاء الصلح فيدفع الطعام الذي صالح به عنه، وبين رده، فيدفع الدرهم الذي تحمل به عنه، وقيل لا يجوز؛ لأنه دفع طعامًا لا يدري هل يرجع به أو بالدرهم من أجل خيار المتحمل عنه، وإن لم يبين على أي وجه دفع الطعام فاختلف على ما تحمل عليه من الوجهين المتقدمين فيجري الأمر على حكم ما يحمل عليه منهما.

قُلتُ: الذي في سماع أَصْبَغ المذكور هو جواز أخذ الحميل بما غرمه من العين من

المتحمل عنه طعامًا قال: وكذا لو لم يكن حميلًا؛ بل طاع بدفع ذلك عنه لبائع الطعام منه ثم قال: وإنما كره من ذلك أن يكون البائع هو المحيل به عليه فلا يجوز للمحال إلا ما كان يجوز للبائع أن يأخذه؛ لأنه بمنزلته.

قُلتُ: فأشار ابن رُشْد بهذه التفرقة بين الحميل والمحال عليه إلى الرد على ابن دحون في تسويته بينهما ويرد بأن الحميل في هذه المسألة إذا أخذ طعاما لم يصدق عليه، أنه أخذ طعامًا من ثمن طعام بخلاف أخذ بائع الطعام من الحميل طعامًا يصدق عليه أنه أخذ من ثمن طعامه طعامًا، وفي سماع عيسى ابن القاسم مع الموطأ قال مالك: وإنما نهى سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وأبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم، وابن شهاب عن أن يبيع الرجل حنطة بذهب ثم يشتري بالذهب قبل أن يقبض الذهب من بائعه الذي اشترى منه الحنطة، فإما أن يشتري بالذهب الذي باع به الحنطة إلى أجل تمرًا من غير بائعه الذي باع منه الحنطة قبل أن يقبض الذهب ويحيل الذي اشترى منه التمر على غريمه الذي باع منه الحنطة بالذهب الذي له عليه في ثمن التمر فلا بأس به، وقد سألت عنه غير واحد فلم ير به بأسًا.

ابن رُشْد: لأنه باع من رجل، واشترى من غيره فلم يكن فيه تهمة، ولو اشترى بالمائة دينار بعينها طعامًا من غيره لجاز أيضًا إذ لم يأخذ الطعام من الذي باع منه الطعام فلا تهمة على أنه باع منه طعامًا بطعام.

قُلتُ: ولما ذكر أبو عمر تمام ما في السماع وهو قوله: قال عيسى: قال ابن القاسم: ولو أحال الذي عليه المائة بائع الطعام على غريم له عليه بمائة؛ لم يجز أن يأخذ من الذي أحال عليه بالمائة طعامًا، قال أبو عمر: ولا فرق بين ذلك في قياس، ولا أثر؛ لأنه طعام من ثمن طعام من غير المشتري له.

الباجي: إنما جاز أن يشتري البائع بالمائة طعامًا ثم يحيله بها على المشتري؛ لأنه اشترى بثمن متعلق بذمته ثم أحال به؛ لأن ذمة مبتاع الطعام الأول مشغولة بثمنه فيتميز الثمنان ثم وقعت الإحالة بعد ذلك في الثمنين بعد ثبوتهما في الذمة عينًا، وأما الذي أحاله مبتاع الطعام الأول على رجل فأخذ منه بذلك طعامًا، فإن ثمن الطعام الأول نفسه آل إلى طعام ففسد بذلك.

ابن زرقون: وقعت المسألة في سماع أشهب مبينة أنه اشترى منه بذلك الثمن فقال فيها مالك بعد إطراق لا بأس به، وقد فرق أبو الوليد بين مسألة الموطأ، والمسألة الأخرى بنحو ما تأول عليه مسألة الموطأ وهو منتقض بسماع أشهب، والأظهر عندي ما قاله أبو عمر أنه لا فرق بينهما.

قُلتُ: ذكر المازري بفرقة الأشياخ الباجي معبرًا عنه ببعض الشُيُوخ قال: هذا يقتضي إجراء كلام سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار، ومن ذكر معهما على عمومه في النهي عن أن يشتري بثمن الحنطة تمرًا، وظاهر كلامهم في الموطأ أن الشراء وقع بنفس ثمن الحنطة الذي في ذمة مشتريها، وإذا اشترى التمر من غير ما باع منه القمح لم يكن فيه تهمة؛ لكن لو قبل النهي عن الأخذ من ثمن الطعام طعامًا شرع غير معلل ظهر وجه هذه التفرقة التي ذكر هذا الشَّيخ قلت: ظاهر أقوالهم الاتفاق على أنه معلل.

لا متعبد به، وقد اعتبروا في مسائل الباب طرد العلة، وعكسها حسبما تقدم من إجازتهم الاقتضاء من ثمن الطعام طعامًا من غير جنسه في المجلس.

الباجي: لو وكل من يقبض ثمن طعامه فقبضه فأتلفه، جاز أن يأخذ منه به طعامًا قاله ابن حبيب، ولو كان لرجل على البائع مثل الثمن فأحاله به على المبتاع لم يجز للمحال عليه أن يدفع إليه إلا ما يجوز له أن يدفع إلى المحيل وروى محمد هذه المسألة والتي قبلها عن مالك وهما معًا من جهة منع الذريعة ضعيفتان؛ لأنه يبعد أن يبيع من رجل حنطة ليحيله بثمنها إذا حل على رجل يأخذ به منه تمرًا، وقد جوز مالك للمسلمين في صفقة أن يقيل أحدهما من حصته، وقال: لا يتهم أحد أن يسلف ليبتاع غيره، الشَّيخ معه عن ابن حبيب: من أتلف لك طعامًا لا يعرف كيله إن قامت بينة على إتلافه، جاز أن تأخذ بقيمته طعامًا، ولو غاب عليه اتهم أنه أمسكه، ودفع فيه طعامًا تلف بانتفاع المتعدي أو غيره.

زاد الشَّيخ عن ابن حبيب: من باع طعامًا بثمن مؤجل فلا يأخذ فيه جبح نحل إذ لا تخلو من عسل إلا أن يكون فيه عسل لا يعتد به.

وسمع ابن القاسم: من باع من رجل قمحًا بدينار فأتاه فوجد عنده تمرًا فاشترى منه بدينار تمرًا ثم لقيه بعد ذلك فقال: لي عليك دينار ولك علي دينار فقاصصني لا

أحبه، وليرد التمر الذي أخذ منه ابن القاسم: لأنه إن قاصه كان أخذ من ثمن الطعام طعامًا.

ابن رُشْد قوله: يرد التمر على أصله فيمن باع سلعة لأجل ثم اشتراها بأقل نقدًا أنه يفسخ البيع الثاني فقط إلا أن تفوت السلعة فيفسخان معًا، وفي هذه المسألة يقدر على رد التمر يرد مثله فلا يفسخ إلا الثاني، ويأتي على مذهب ابن الماجِشُون في فسخ البيعتين معًا فسخ بيع الحنطة أيضًا، وقال محمد: تفسخ المقاصة فقط، يأخذ منه الدينار ثم يرده إليه ولا معنى له؛ لأنه إذا رده إليه فكأنه لم يأخذه، وقيل: إنما قاله محمد؛ لأنه لم يتهمهما على أنهما عملا على ذلك ولو اتهمهما فسخ بيع الحنطة أيضًا وهو فاسد؛ لأنه لو لم يتهمهما لأجاز مقاصتهما.

قُلتُ: ما عزاه لمحمد إنما عزاه الشَّيخ والباجي والصقلي لابن القاسم لما ذكر الشَّيخ قول مالك في الموَّازية.

زاد: قال ابن القاسم: قيل يؤدي دينار التمر ويأخذ منه ثمن قمحه وإن رد إليه ذلك الدينار بعينه كما لا تستحمل غريمك بدينار عليه، وتستعمله بدينار تدفعه إليه ثم يقضيك إياه.

الباجي: قول ابن القاسم على تجويز ذريعة الذريعة؛ لأن منع أخذه بالثمن تمرًا لئلا يكون ذريعة لبيع الطعام بالطعام لأجل، فإن منعنا المقاصة فإنما منعناها؛ لأنها ذريعة؛ لأن تأخذ من ثمن الطعام طعامًا.

قُلتُ: تخريجه قول ابن القاسم على إجازته ذريعة الذريعة مع قوله منع المقاصة لذريعة الذريعة يقتضي إجازة ابن القاسم المقاصة وهو لم يجزها حسبما مر في السماع إنما أجاز في الموَّازيَّة أخذ الدينار بعد دفعه، وهو إجازة منه لذريعة الذريعة، وهو الذي خالف فيه مالكا، وللشيخ عن الموَّازيَّة إن قبضت ثمن طعام من رجل فلا تبيع منه به في المجلس طعامًا.

قُلتُ: مفهومه جوازه بعد المجلس ولو في يومه وله في الواضحة: لا بأس بأخذ النوى والقضب والتين من ثمن طعام، وكذا في سماع أشهب، وفي صرفها عن ابن المسيب: من باع من رجل طعامًا بدينار ونصف درهم فلا يأخذ من المبتاع بنصف

الدرهم طعامًا ولكن يأخذ منه درهمًا ويعطيه ببقيته طعامًا.

مالك: إنما كرهه سعيد؛ لأنه يصير دينارا وطعاما بطعام ولو كان نصف الدرهم ورقا أو فلوسا أو غير الطعام جاز قلت: قوله: ولو كان نصف الدرهم، ورقًا إلى آخره يريد لو قضاه عن نصف الدرهم ورقًا؛ لأن أصل البيع كان بنصف درهم شائع من درهم لقول سعيد: ولكن يأخذ منه درهمًا إلى آخره وهي حجة للأكثر في الشريكين في مسكوك أن لأحدهما أن يعطي شريكه وزن حصته مسكوكًا عنها، وتقدمت في الصرف. وفي منع الإقالة في نصف الدرهم بما يصيبه من القمح بعد معرفته قبل قبضه وجوازه قولا الشَّيخ محتجًا بأن المردود من القمح شائع في نصف الدرهم والدينار فأخذه عن نصف الدرهم فقط بيع الطعام قبل قبضه وابن محرز محتجًا بالقياس على جواز الإقالة في سلم ثوب وعبد في طعام من أحدهما بعد معرفة منابه.

قُلتُ: للشيخ منع حكم الثانية إن لم يكن نصًا واحتج الصقلي على جوازه بإجازة ابن القاسم الإقالة من أحد ثوبين أسلما في طعام إن اعتدلا، ورد قول الشَّيخ بشيوع الطعام في الدينار ونصف الدرهم، بأن الإقالة إنما وقعت في طعام خصص بنصف الدرهم وتخصيصه يمنع شيوعه، ولو لزم معه شيوعه للزم في مسألة الثوبين ويلزمه فيمن باع مد قمح ومد شعير بدينارين، وقيمتهما متساوية أن لا يقيله من الشعير بدينار؛ لأن حصة الدينار نصف مد قمح ونصف مد شعير.

قُلتُ: الدينار المردود ليس مردودًا من حيث كونه عوضًا عن نصف القمح ونصف الشعير؛ بل من حيث كونه قام مقام عوض الشعير وعوضه نصف الدينارين؛ لكن وجب جمعهما في دينار من الدينارين، لتماثلهما حسبما مر في الصرف إذا اطلع على درهم زائد وأخذه قدرًا منه بعد الغيبة عليه.

قال ابن محرز: جائز، وأخذه به طعامًا من صنفه بعد قبضه قبل الغيبة عليه لا يجوز لربا الفضل، ومن غير صنفه كطعام وعرض بطعام جائز قبل الغيبة ولو قبل قبضه مطلقًا إلا على قول من يعتبر في طعام بسلعة وطعام يسارته كالصرف فيشترطها، ولو كانت معه بينة لم تفارقه لم يجز أن يعطيه طعامًا على حال إلا من الطعام بعينه ما يتراضيان به، وإن كان المبيع عرضًا، ففيها مثله كمخالفه يجوز بأقل نقدا ومنعه سَحنون

ومحمد محتجًا بأن أخذه اقتضاء عن الأول سلفًا ودفع الأقل من الثمن، سلف فيه كمنع ابن القاسم من أسلم ثيابًا في حيوان إقالته منه مثلها وزيادة ورده الشَّيخ بما قرره المازري بأن بقاء ما في الذمة في بيوع الآجال يمنع تعيين كون المثل المأخوذ عوضًا عما وقع أولا فلا يلزم صرف المفقود فيه عن كونه ثمنًا له، فلا يلزم سلف بزيادة، وسقوطه في الإقالة يوجب كون المثل المأخوذ عوضًا عما وقع أولًا فيلزم السلف بزيادة وتقريرها الصقلي بأنهما لم يقصدا في مسألة الآجال لنقض البيعة الأولى فوجب عدم ضم الثانية إليها وفي السلم قصدا نقض الأولى فوجب اعتبار ما خرج من اليد ورجع إليها فيه نظر؛ لأن عدم القصد في بيوع الآجال مع تصور التهمة على ما يوجب الفساد لا يلغيه.

وسمع القرينان: من باع سلعة لأجل فأقامت عنده حتى حدث بها عيب، عور أو عرج أو قطع أو أمر حتى يعلم أنهما لم يعملا القبيح، لا يجوز أن يشتريها بأقل من ثمنها نقدًا، وقال سَحنون مثله وهي خير من رواية ابن القاسم.

ابن رُشْد: رواية ابن القاسم وقعت في الموَّازية: من باع دابة أو بعيرًا بثمن إلى أجل فسافر بذلك مبتاعه لحج أو سفر بعيد فأتى به وقد نقص لا بأس أن يشتريه بأقل من ثمنه نقدًا، وذهب كل من ابن القاسم وأشهب في هذه المسألة إلى رواية فيها، وذلك من قولهما في رواحلها، أجاز ابن القاسم أن يستقيل الكري المتكاري بزيادة بعد قبض الكراء والغيبة عليه إن سارا من الطريق ما يرفع التهمة، ولم يجزه أشهب، وقول ابن القاسم وروايته أظهر، وكون ثمن المبيع الثاني مؤجلًا وكون مبيعه بعض الأول أو أكثر تقدم ضابطه، وفي الموَّازية: لو ابتاع ما باع بخمسة نقدًا وخمسة لأجل وبخمسة نقدًا جاز وبأكثر أقل من عشرة لم يجز؛ لأنه سلف بزيادة وستة نقدًا وبخمسة لأجل جائز إلا أن يكونا من أهل العينة.

التونسي: لأن شراء ما بيع بنقد بعد الغيبة عليه بأكثر منه لا يتهم فيه إلا أهل العينة، وفي سماع عيسى ابن القاسم: لو اشتراه بخمسة نقدًا وستة لأجل لم يجز إلا إن لم يغب على الدنانير؛ لأنه حينئذ باع سلعته بستة لشهر إذا حل قاصه بخمسة مما له عليه واسترجع دينارًا، فكان ثمن السلعة إنما هو دينار، فلا بأس به، التونسي مقتضى ما في الموَّازيَّة جوازه إن لم يكونا من أهل العينة؛ لأن التهمة في زيادة الدنيا إنما هي على كخمسة النقد فإذا

جازت نقدا فكذا الأجل إلا أن يكون ما في العتبيَّة على لقول ابن القاسم في المجموعة لمن باع سلعة بسبعة نقدًا وخمسة لشهر شراؤها بسبعة نقدًا أو ثمانية لشهرين خمسة منها قصاص عند الشهر، وإنما يتهم في هذا أهل العينة وتلقى ابن رُشْد ما سمعه عيسى بالقبول ولم يحك في منعه خلافًا، ووجهه بقوله: لأن الأمر آل إلى أن رجعت للبائع سلعته ودفع له المبتاع خمسة نقدًا انتفع بها وردها إليه ويعطيه دينارًا إذا حل الأجل فاتهما على سلف خمسة دنانير على أن يعطيه دينارًا إذا حل الأجل فإن لم يغب على الدنانير جاز ذلك؛ لأنتفاء السلف، وقوله: استرجع دينارًا لفظ وقع على غير تحصيل إذا لم يدفع إليه شيء يسترجع منه الدينار، وصوابه أن يقول: إذا حل الشهر قاصه بالخمسة من الستة وأخذ منه الدينار الزائد.

وقوله: فكان ثمن السلعة إنما هو دينار وقع على غير تحصيل، والمراد فكان الذي ربح معه في السلعة إنما هو دينار؛ لأن الدينار إنما هو ربح في السلعة للمبتاع لا ثمن لها.

قُلتُ: لولا لفظ ابن القاسم في المجموعة كان الصواب ما في سماع عيسى؛ لأن الذي لا يتهم فيه إلا أهل العينة إنما هو بيعة النقد السالم عن انضمام مؤجل إليه، وهذه بيعة نقد ومؤجل، والصفقة إذا جمعت حلالًا وحرامًا غلب حكم الحرام.

وفيها: إن بعت عبدين بعشرة لشهر فلا تبتع أحدهما بتسعة نقدًا؛ لأنه بيع وسلف، ولو كان قصاصًا جاز، وتعقب التونسي عموم منعها فيما إذا كان مجموع ما نقده مع قيمة العبد الباقي أزيد من الثمن الأول بكثير جدًا بقوله: ينفي التهمة على الصرف المستأخر بكون الثمن الباقي أقل من المنقود بكثير، وقول ابن القاسم فيها: من باع ثوبًا بعشرة دنانير لشهر وابتاعه بدينار نقدًا، وثوب قيمته مائة دينار لم يجز قيل له التهمة مرتفعة؟ قال: لم ترتفع ويدخله مع ذلك عرض وذهب بذهب قال: إلا أن يكون هذا على قول أشهب بعدم رفع التهمة على الصرف بذلك ونحوه للخمي، وفي صحة البيع في الباقي بيد المبتاع نقل عبد الحق مع بعض شُيُوخه وقول اللخمي مع فرضه أن ثمنهما مائة قائلًا: يفسخ البيع في العبدين معًا على قول عبد الملك يرد الباقي بيد مبتاعهما لبائعهما، إن كان قائمًا، وقيمته إن فات، ولو كانت أكثر من خمسين؛ لأنكارهما أنهما عقدا على بيع وسلف فإن أقرا به سقط فضلها عن خمسين، وإن أنكراه والقيمة ستون فأكثر مضى بيعه بخمسين

إذ لا يتهم أن يبيع ما قيمته ستون بخمسين وسلف خمسين.

قُلتُ: هذا على اعتبار ما تقدم للتونسي لا على قول ابن القاسم: قال: ولو استرجع العبد بائعه بخمسين لأبعد من الأجل لم يجز، ولو كانت قيمته ستين لتهمته أن يترك العشرة فضل قيمةٍ العبد؛ لأن سلفه المشتري خمسين، ولو كانت قيمته أربعين، جاز.

المازري: إن فات ففي إمضائه بالقيمة ما لم تزد على منابه من الثمن أو مطلقًا؛ لأن ذلك إنما هو إن كان الثمن نقدًا. ثالثها بما ينوبه من الثمن للمازري عن الأشياخ: قلت: وعلى فساده إن لم يفت ففي إمضائه بإسقاط السلف، ثالثها إن أقر بالعقد عليه لتعليلها فساده، بأنه بيع وسلف، ومقتضى القول الأول بالقيمة مطلقًا وما تقدم للخمي.

وفيها: من باع ثوبين بعشرة لأجل لم يجز شراؤه أحدهما بخمسة وثوب نقدًا.

عبد الحق مع بعض شُيُوخنا: لا يفوت الثوب الراجع لبائعه إلا بشديد التغير، وفوته يوجب في الباقي منابه من الثمن لصحة عقده وبفوت الثوب المدفوع فيه بحوالة الأسواق فيجب فيه حكم ما اشتري بشرط سلف من مشتريه.

قُلتُ: لم يتعرض الصقلي لنقل هذا،وحكى أبو إبراهيم في فوته بها خلافًا، والصواب تعقب المازري تفرقة عبد الحق بين الثوبين، الراجع والمدفوع فيه في الفوت بحوالة الأسواق بقوله: إنما وقعت المعاملة الثانية فيهما بعقد واحد، فلا ينفرد أحدهما بحكم عن الآخر كل منهما عقد على شرط السلف، قال: ومقتضى الاقتصار على تعليل الفساد بأنه عرض وفضة بفضة لزوم القيمة مطلقًا، وعلى إنه بيع وسلف يجري على حكمه.

قُلتُ: فيمتنع التعليل بهما على المعية لتنافي لازميهما.

ابن بشير: لو اشترى أحدهما بحكم عن الآخر لكل منهما عقد على شرط السلف بصنف من العين غير صنف الثمن منها منع للبيع والسلف والصرف المستأخر والبدل المستأخر وتتصور فيه الزيادة.

ابن الحاجب: لو اشترى أحدهما بغير صنف الثمن الأول فقالوا يمنع مطلقًا.

قال ابن عبد السلام: ما حاصله إن قوله: (قالوا) إشارة إلى تعقبه إطلاقهم المنع، ووجوب تقييده المنع بما إذا لم يكن المعجل من العين أكثر مما يقابله من الثمن جدًا حسبما

مر في التهمة على الصرف المستأخر.

قُلتُ: يرد بأن استرجاع كل المبيع يحقق كون المقابل للثمن المؤجل كل الثمن المدفوع ثانيًا، فكونه أكثر منه جدًا ينفي كونه ثمنًا له ولا علة فيه سواه وفي استرجاع بعضه هذا، وعلة عرض وعين في عين مؤخرة والكثرة لا تنفيها.

وفيها: إن بعت ثوبًا بعشرة دراهم لشهر لم يجز أن تشتريه قبله بخمسة نقدًا، وثوب؛ لأنه بيع وسلف، ولو كانت الخمسة مقاصة عند الأجل جاز.

عبد الحق: ما ارتجعه البائع لا يفوت بحوالة الأسوق فإن فات بعيب سقط الثمن وما دفعه بعينه كبيع قارنه سلف.

قُلتُ: هذا على أصله المتقدم وأصل المازري خلافه.

وفيها: لا يعجبني من باع سلعة بثمن مؤجل شراؤها لمن وكله عليه بأقل من ثمنها لقول مالك لا خير في بيعه إياها عن مشتريها بوكالته إياه على بيعتها.

اللخمي قول أشهب بكراهته ذلك أحسن. قلت فحمل قول ابن القاسم لا يعجبنه على غير الكراهة لاستدلاله بقول مالك لا خير، وتهمته في الوكالة على بيعها أشد منها على شرائها لتعيين الأجنبي في الأولى فيظهر كذبه إن اشتراها لنفسه وإبهامه في الثانية فيخفى وبه يرد قياس ابن القاسم، وقول اللخمي: الوكالة على بيعها أحق من الوكالة على شرائها.

وشراء السيد ما باعه عبده لأجل بأقل نقدًا، وشراء العبد ما باعه سيده كذلك إن كان تجره لسيده لم يجز، وإن كان لنفسه ففي جوازه وكراهته قولان لابن القاسم فيها واللخمي عن أشهب وفيها لابن القاسم: ما باعه رجل لأجل لا يعجبني أن يشتريه لابنه الصغير بأقل نقدًا ولم ينقلها اللخمي إلا عن أشهب بلفظ الكراهة واختار فسخه إن نزل.

قُلتُ: هو مقتضى قول سلمها من وكل على سلم لم يجز أن يعطيه لابنه الصغير وكون الحق لله آكد.

وفيها: من باع فرسًا بعشرة أثواب لأجل لم يجز تعجيل بعضها مع الفرس أو غيرها عن باقيها للبيع والسلف المعجل سلف وما معه بيع بالباقي، والتعجيل بوضيعة لاحتمال عدل الفرس أقل من الباقي، وحط الضمان بزيادة لاحتمال عدله بأكثر ضعيف،

وخرج اللخمي الجواز من قول ابن القاسم: لمن أسلم في عبدين تعجل مثل أحدهما مع عرض عن الآخر قال: فجعل أخذ المعجل على أنه نفس حقه لا سلف قائلًا: لو كان المعجل سلفًا لحوصص المعجل فيما بقي في ذمته في فلس المعجل له قبل الأجل وخرج ابن بشير الجواز على قول إسماعيل قال: وصوبه المتأخرون وإن كان شاذا، ورد المازري احتجاج اللخمي بلزوم الحصاص بإبطال الملازمة؛ لأن تعجيل المعجل إنما كان على إسقاط حق المعجل له في الباقي في ذمة المعجل الملزوم لاختصاصه به فكان كمحال عليه أو مرتهن له وتبعه ابن بشير مقررًا بكونه رهنًا فقط، ورده ابن عبد السلام بأن المشهور فيمن عليه دين لمدينه أنه ليس أحق بما في ذمته لمدينه في دينه إن فلس يرد بأن ما في ذمته باق على لزوم قضائه عند أجله خلاف من عجل ما في ذمته حسبما مر في تقرير كلام المازري.

ابن محرز: من المذاكرين من عارض هذا الوجه بأنه كما جاز أن يأخذ عن جميع الأثواب قبل الأجل عرضًا يجوز أن يسلم فيها، وإن لم يف بقيمتها ولا يكون (ضع وتعجل) فكذا إذا تعجل بعضها وعاوض عن بقيتها، وقوله: باطل؛ لأن الأخذ عن جميعها لا يبقى ما يتصور فيه تعجيل فلا يتصور كون الوضع له، والأخذ عن بعضها مع تعجيل باقيها يوجبه كون التعجيل للوضيعة.

قُلتُ: ما عزاه لبعض المذاكرين هو قول التونسي وإليه عزاه المازري، وذكر جواب ابن محرز وعزاه لبعض الأشياخ ولم يتعقبه، وضعف علته حط الضمان وأزيدك علله الصقلي بعدم القصد إليه غالبًا وتعقبه التونسي بنحو ما تعقب به ضع وتعجل، وعلى المشهور إن نزل قال اللخمي: خير البائع في رده المعجل فيتم بيع غيره وإلا فسخ فيهما.

المازري: إن نزل فأكثر الشُيُوخ على لزوم الفسخ فيهما، وقال بعض أشياخي فذكر ما تقدم وحيث لزم الفسخ يرد الفرس أو قيمته إن فات وكذا الثياب.

ابن محرز والتونسي واللخمي وغيرهم: لأن فاسد القرض في الفوت كالبيع.

وقال ابن بشير: في القضاء في فاسد القرض بالقيمة أو المثل قولان.

قال اللخمي: إثر كلامه وكذا إن لم ينظر في ذلك حتى حل الأجل فإن الأثواب تمضي بالقيمة.

ابن محرز: إن حل الأجل والأثواب باقية استوفاها من أثوابه وطلب البقية ورد الفرس أو قيمته إن فات ولو كانت الأثواب فاتت غرم قيمتها، وعلل المازري أخذه الثياب إن كانت قائمة بقوله إذ لا فائدة في ردها وأخذها في الحال.

قُلتُ: فائدته نقض ما فعل فاسدًا كفائدة ما تقدم من قول محمد وابن القاسم فيمن قاصص من ثمن طعام عليه كمن له عليه ثمن طعام بما له عليه من ثمن الطعام أنه يفسخ ويقضيه ما عليه، ولو أخذه منه فيما له عليه في الحال حسبما مر.

التونسي: لو كانت الفرس قائمة ففلس دفعها فقابضها أحق بها من غرمائه؛ لأنها مأخوذة من دين أخذًا فاسدًا.

قُلتُ: في هذا الأصل خلاف اللخمي إن أخذ مثل فرسه وبقيت خمسه لأجلها دخله سلف بزيادة والتهمة فيه في أصل عقده بخلاف أخذه نفس فرسه العقد الأول صحيح والفساد فيما عملاه آخرًا.

قُلتُ: فلو أخرت أو عجلت فأحرى في المنع.

ابن بشير: لو أبقى بقية الثياب لأجلها والمعجل عين فرسه جاز، ولو أخر بها لم يجز اتفاقًا فيهما لحقيقة البيع والسلف، وقول ابن الحاجب: إن كان المزيد مؤخرًا عن الأجل منع؛ لأنه دين بدين وبيع وسلف محقق، وإن كان إلى مثله جاز متعقب بأنه إن أراد أن المزيد مثل المسلم فيه لم يكن دينًا بدين؛ بل محض سلف قارنه بيع وإن أراد أنه ليس مثله بطل، قوله: إن كان لمثله جاز؛ لأنه دين بدين، وجواب ابن عبد السلام بإرادة الأول قال: ويحتمل كون الباقي عما يعدل المعجل أقل من المزيد بعد الأجل ففسخه فيه فسخ دين في دين؛ لأنه دفع أقل في أكثر بعيد؛ لأن عباراتهم في التعليل بمثل هذا إنه سلف بزيادة لا فسخ دين في دين، وفيها لربيعة: من أقال من حمار ابتاعه بعشرة دنانير لأجل على إن عجل منها دينارًا أو بهما نقدًا على إن أخر به لم يجز.

ابن محرز: يدخلها في المؤجل بيع وسلف، والتعجيل على وضع كمسألة الفرس لا حط بزيادة لوجوب قبول العين المؤجلة قبل أجلها فإن نزل رد الدينار والحمار إن كان قائمًا، وخرجها المازري على فسخ البيعتين في بيوع الآجال.

ابن محرز: إن فات الحمار ففي نقض البيعتين أو الثانية إن كانت قيمة الحمار أقل من

عشرة، ثالثها تمضي بالقيمة مطلقًا لاستقلالها بالفساد دون ضمها للأولى.

قُلتُ: الثالث قاله التونسي وأخذه المازري من تعليل مالك بأنه عرض وذهب بذهب.

ابن محرز: الصواب إنه بيع وسلف يقضى بالقيمة ما لم تزد على الثمن وإن كان دينًا. الحق في أجله لدافعه فصار كحال، والمعتبر ثمنًا فيه العشرة لا التسعة قال: فإن قيل إنما جعل ثمنه تسعة والعاشر سلف، قيل: إنما قدر ذلك تهمة لهما، والمشتري إنما دخل على أن الثمن عشرة.

قُلتُ: إن رد بأن المشتري إنما دخل على أن الثمن عشرة في عقد شرائه والكلام في عقد بيعه، ونصهم في المسألة على إن عجل دينار ظاهر في أنه من العشرة المؤجلة فالباقي في مقابله الحمار تسعة.

قُلتُ: يرد هذا الظاهر نصها على الإقالة المقتضية كون الثمن فيها هو الثمن الأول والتعجيل أعم من كون المعجل منها أو زيادة ولو زاده أي المتبايعين دينارًا للأجل جاز؛ لأنه مقاصة، وبعده بيع وسلف، ودراهم نقدًا، خرجه المازري واللخمي على صرف ما في الذمة قبل أجله والبيع والصرف، وللأجل وبعده فسخ دين في دين كعرض كذلك، إما نقدًا فجائز، المازري، واللخمي: إن زاده درهمين جرت على سلعة ودرهمين، بدينار لأجل، وإن كان ثمنه نقدًا فنقد الزيادة جائز مطلقًا إن كانت ورقًا فبيع وصرف ومؤجلها فسخ دين في دين وبيع وسلف الصقلي وقع للشيخ تنبيه أنه لم ينقده ولا أدري ما وجهه.

المازري: تابع الشَّيخ على تقييده بعض الأشياخ، وقال: يجوز للمشتري إن نقد أن يزيد؛ لأنها بيعة ثانية، وأنكره بعض المتأخرين.

وقال: يتصور فيه البيع والسلف إن نقد؛ لأنه يقدر إنه اشترى الحمار بتسعة من الدنانير التي قبضها على أن أسلفه قابضها الدينار العاشر.

قُلتُ: إن كانت الزيادة من المبتاع عينًا فواضح منعها ولو بعد التعديل هو أوضح منه قبل النقد بحيث لا يخفي على من دون الشَّيخ وإن كانت غير عين امتنعت قبل النقد؛ لأنها فسخ دين في دين وجازت بعد النقد على حكم ابتداء البيع فتقييد الشَّيخ إنما هو لعموم سلب جواز الزيادة في العين وغيرها ضرورة عموم ابتداء البيع فتقييد الشَّيخ

سلب الجواز في العين وغيرها قبل النقد وعدم عمومه فيهما بعد النقد ضرورة جوازها في العرض بعد النقد فقول الصقلي لا وجه له ليس كذلك.

وفيها: من باع عبده من رجل بعشرة دنانير على أن يبيعه عبده بمثلها جاز؛ لأن الثمنين مقاصة فإن أضمرا إخراج المال إضمارًا كالشرط لم يجز.

قُلتُ: إن لم يشترطاها فالأظهر على رواية زياد بعدم وجوبها فساد بيعهما.

ابن محرز عن ابن القاسم وكذا إن كان الثمنان لأجل واحد من صنف واحد ولو كان أحدهما أكثر، ولو اختلف أجلهما أو صنفهما لم يجز، ويفسخ ثانيه ما فسد منها، وفي الأولى قولا ابن الماجِشُون، والمشهور وحمله اللخمي على من لم تكن عادتهم الفساد.

المازري: أشار بعض أشياخي أن ابن عبدوس لا يوجب الفسخ، والذي نقله غيره عنه من عدم الفسخ إنما هو في الفوت ولو فات المبيع ففي فسخهما ومضيهما، ثالثها: الثانية فقط، فإن زاد الثمن على القيمة سقط فضله، ورابعها: إن كان أكثر وإلا فالثانية فقط لابن رُشْد عن سماع عيسى ابن القاسم في رسم القطعان مع تأويل التونسي على ابن القاسم والمازري مع اللخمي على ابن مسلمة ولابن رُشْد عن الآتي على سماع يحيي وسَحنون ابن القاسم ومضى سَحنون مع تأويل عبد الحق عن ابن القاسم.

الباجي: إن هلك المبيع بيد مبتاعه قبل قبضه البائع الأول فسحت الثانية فقط عندي ولم أر فيها نصًا.

قُلتُ: يريد: بفسخها لغوها كهلاك المبيع بيعًا فاسدًا بيد بائعه لا فسخها بلزوم القيمة وهذا على فسخ الثانية فقط واضح، وأما على فسخهما؛ فلأن موجب فساد الأولى إنما هو تمام البيعة الثانية، وهي لم تتم لعدم القبض فيها.

[باب العينة]

وبيع العينة: قال أبو عمر: هو بيع ما ليس عندك[1].

قُلتُ: مقتضى الروايات أنه أخص مما ذكر والصواب أنه البيع المتحيل به إلى دفع عين في أكثر منها، وأخبرني بعض الثقات عن الشَّيخ تقي الدين ابن دقيق العيد أجازه قال: صحح أبو الحسن بن القطان، فيما نقله من كتاب الزهد لأحمد بن حنبل عن ابن عمر قال: أتى علينا زمان وما يرى أحد منا أنه أحق بالدينار والدرهم من أخيه المسلم ثم قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: إذا الناس تبايعوا بالعينة واتبعوا أذناب البقر وتركوا الجهاد في سبيل الله أنزل الله بهم بلاءً فلا يرفعه عنهم حتى يراجعوا دينهم[2]، وسمع ابن القاسم كان رجال من أهل الفضل يتجرون في العينة، ثم تركوها وهم يرون فضلها لما استرابوا منها، وسمعه أيضًا لا خير في شراء الرجل بنقد ما باعه لأجل ممن ابتاعه منه بنقد في مجلس واحد.

قال ابن القاسم: قال ابن دينار: هذا مما يغرب عليه عندنا.

ابن رُشْد: لأنه إذا كان في مجلس واحد، احتمل أن يكونا إنما أدخلا الرجل بينهما ليبعدا

---

(1) قال الرَّصاع: نقل الشَّيخ: عن أبي عمر أنه عرف بيع العينة (ببيع ما ليس عندك).
قال الشَّيخ رحمه الله: ومقتضى الروايات أنه أخص مما ذكره وما قاله صحيح؛ لأن من باع طعاما في ذمته على الحلول فهو بيع ما ليس عندك وليس من العينة، ثم قال الشَّيخ: أنه البيع المتحيل به إلى دفع عين في أكثر منها مثال ذلك إذا باع سلعة بعشرة إلى شهر ثم اشترى السلعة بخمسة نقدًا، فإن السلعة رجعت إلى يد صاحبها ودفع خمسة يأخذ عنها عشرة عند حلول الأجل فصدق على هذه الصورة وما شابهها أن فيها بيعا متحيلا به إلى دفع عين في أكثر منها والمراد هنا بالبيع جنس البيع؛ لأن التحيل وقع من بيعين وصور العينة حصروها في مسائل، وقد ورد فيها التشديد والوعيد من طريق عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول «إذا الناس تبايعوا بالعينة واتبعوا أذناب البقر وتركوا الجهاد في سبيل الله أنزل الله عليهم بلاء فلا يرفع عنهم حتى يراجعوا دينهم» اللّٰهم لا تهلكنا بسوء فعلنا ولا بما فعل السفهاء منا ولقد والله كثر خبثنا وقل حياؤنا من ربنا وما ذكره رحمه في رسمه حسن واضح سني ومعنى جلي والله أعلم.

(2) الحديث أخرجه أبو داود: رقم (3462) في البيوع، باب في النهي عن العينة.

التهمة عنهما ويتوصلا إلى رد السلعة لبائعها ودفعه قليلًا في كثير، وما يأخذه من أدخلاه بينهما من ربح سمي، إنما هو ثمن لمعونته إياه على الربا، وسمعه من باع طعامًا أو غيره وهو ممن يعين بثمن لأجل فجاءه مشتريه فقال: وضعته فيها بعتني وضيعة كثيرة فخفف عني من الثمن الذي بعتني به لا خير فيه؛ لأنه يقول ابتداء أربح عليك للعشرة أثني عشر أو أكثر يراوضه على ذلك فإذا باع السلعة فنقصت عما اعتبرا من ثمنها في المراوضة طلب منه الوضيعة ليتمما ما دخلا عليه، وسمعه أكره أن يبيع رجل عاين طعامًا من رجل لأجل على أن ينتقد من ثمنه دينارًا فكره ذلك، وقال: لست أول من كرهه، كرهه ربيعة وغيره.

ابن رُشْد: هذه بيعة صحيحة في ظاهرها لا يتهم فيها إلا أهل العينة يخشى أنهما قصدا أن يبيع منه الطعام على أن يبيع له منه بدينار يدفعه إليه، ويكون الباقي له بكذا وكذا دينار لأجل، وذلك غرر إذ لا يدري ما يبقى له من الطعام إذا باع منه بدينار نقدًا. وقال بعض أهل العلم: إن دفع إليه الدينار من ماله لم يكن به بأس، وفي سماع سَحنون إنه لا يجوز؛ لأنه يخلفه من الطعام يريد؛ لأنه إن كان وقع البيع على أن ينقده الدينار من الطعام فلم يصلحه أن يدفعه من عنده.

ابن رُشْد: العينة الجائزة بيع مبتاع عاين سلعة لطلبها منه قبل ملكه إياها ممن طلبها منه دون مرواضة ولا وعد، فلو قال: اشتر كذا أو آخذه بربح دون مراوضة على قدره كره.

عياض: وقاله ابن حبيب، وروى ابن نافع لا أبلغ به الفسخ.

قال فضل: هذا على قول ابن القاسم، ويجب فسخ شراء الآمر وكرهوا أن يقول لا يحل أن أعطيك ثمانين في مائة، ولكن هذه سلعة قيمتها ثلاثون خذها بمائة.

ابن مزين: لو كان مشتري السلعة يريد بيعها ساعة يقبضها فلا خير فيه ولو لم يكن البائع غائبًا فليحق هذا على قوله بالمكروه، وصور محظورها ثلاث:

الأولى: اشتر لي كذا بعشرة آخذه منك باثني عشرة نقدًا فيهما إن لم يشترط نقد المأمور جاز، وإلا فسدت؛ لأنها إجارة وسلف إن وقع لزمت الآمر فإن نقد المأمور، ولم يمض قدر مدة بيع السلف ففي لزوم الأقل من أجر مثله والربح أو أجر مثله فقط، ثالثها لا أجر له؛ لأنه إتمام للربا لابن القاسم وسَحنون مع ابن حبيب وابن رُشْد، ولو مضى

قدر مدته فالأخيران وإن لم ينقد فالأولان.

الثانية: على أن الأولى نقد والثانية لأجل حرام، وفي لزوم البيع الأول للآمر وفسخه إن لم يفت المبيع قولا المشهور وسَحنون.

ابن رُشْد: وهو بعيد وحمل على علم البائع الأول بعملها، وفي لزوم الأقل من جعل المثل والربا الثلاثة الأقوال.

ابن محرز عن محمد: لا يفسخ وإن لم يفت وله رأس ماله، وجعل مثله: ابن حبيب يفسخ الشراء الآخر؛ لأنه بيع ما ليس عندك فإن فات المبيع فقيمته يوم قبضه الآخر ما بلغت، قال: فعلى تعليمه لا يجوز، ولو وقع الشراء بنقد، الثالثة على العكس حرام؛ لأنه إجارة وسلف، يرد المأمور العشرة إن قبضها وله جعل مثله، فلو أسقط في الثلاثة ففي جواز الأولى وكراهتها روايتان، والثانية لا تجوز، وفي مضيها وفسخها فيمضي بالقيمة في الفوت يوم قبضها الآمر، رواية ابن القاسم مع قوله: مستحبًا ترك المأمور الزائدعلى ما نقد وقول ابن حبيب قائلا؛ لأنه واطأه على بيعها قبل وجوبها للمأمور فدخله بيع ما ليس عندك، والثالثة كذلك، وفي مضيها بالعقد أو الفوت ثالثها فسخه كما مر لابن القاسم، وسَحنون وابن القاسم.

☙ ❧

[كتاب بيع الخيار]

بيع الخيار: بيع وقف بته أولًا على إمضاء يتوقع[1]، فيخرج ذو الخيار الحكمي.

---

[1] قال الرَّصاع: قوله: (بيع) هذا هو المعنى الإضافي فيه ولا يكون كبيوع الآجال وصرح هنا بالجنس بالبيع ولم يقل ذلك في بيوع الآجال بل ما أجل ثمنه العين ويشمل بيع البت والخيار قوله: (وقف بته أولا) أشار به إلى أن البت الأول يتوقف على إمضاء يأتي فأخرج بيع البت.

قال الشَّيخ: ويخرج ذو الخيار الحكمي ولا يدخل في الحد؛ لأن البيع الذي فيه خيار حكمي لم يتوقف بته أولا على إمضاء متوقع فيقال في الحكمي بيع آل إلى خيار لا أنه بيع بني على خيار.

(فإن قلت): وهل يحتاج إلى أن يقيد المحدود بقولنا بيع الخيار الشرطي.

(قُلتُ): لا؛ لأن بيع الخيار لا يصدق على الحكمي.

(فإن قلت): الشَّيخ: هل بنى حده على أن بيع الخيار منعقد حتى ينحل أو منحل حتى ينعقد.

(قُلتُ): المقرر أنه منعقد لا أنه منحل حتى ينعقد فلذا عرفه بما رأيت.

(فإن قلت): قد علمت ما في المذهب في ذلك، فإن فيه خلافا فالجاري على قاعدة الشَّيخ أن يحده على الرأيين وقد قدمنا له كثيرًا من ذلك.

(قُلتُ): لعله صحيح القول بأنه منحل حتى ينعقد.

قال الشَّيخ ابن عبد السلام: وأكثر مسائلهم تدل على ذلك وإن وقع ما يخالف ذلك.

(فإن قلت): قد قالوا إن الخيار في الصرف لا يجوز على المشهور وبنوا ذلك على أنه منعقد.

(قُلتُ): لا يلزم ذلك وأقله أن يكون أقوى من المواعدة وفيها ما هو معلوم ويقوي السؤال على الحدان الشَّيخ ذكر بعد طريقين الأولى ذكر فيها قولين بالعقد والحل والثانية ذكر فيها الاتفاق على الحل والخلاف في كونه ممضى من يوم نزل أو من يوم أمضى.

(فإن قلت): وقف بته هل هو بأمر لفظي أو أعم من اللفظي والعرفي والحالي.

(قُلتُ): الظاهر عموم ذلك فيدخل خيار المجلس على القول به وأن المشهور خلافه؛ لأن الرسم للأعم من المشهور.

(فإن قلت): هل يرد على الشَّيخ في بيع الخيار صورة بيع الثنيا بعد العقد إذا قال المشتري: إن أتيتني بالثمن فالسلعة رد عليك أيها البائع وقد نص على جوازها أَصْبَغ فيصدق فيها أنه بيع وقف بته أولا على إمضاء يتوقع؛ لأن الخيار للبائع في إمضاء ما وقع من المشتري.

(قُلتُ): جواب هذا السؤال إنما يتمشى على ما فهمه الشَّيخ الإمام ابن عرفة: في بيع الثنيا؛ لأنه قال: من أنصف علم أن التزام ذلك بعد العقد إن كان من المشتري عد منه البت والبائع على خيار فيلزم ضرب الأجل فيها لما نص عليه في المدَوَّنة، فإن صح كلام الشَّيخ هذا فنقول إن هذه الصورة من بيع الخيار؛ لكن فيها ثنيا وإن لم يصح ما ذكره فنقول إنما ذلك وعد من المشتري أوقفه على سبب لا

المازري: في كونه رخصة لاستثنائه من الغرر وحجر المبيع خلاف، وفي ثبوت الخيار مدة المجلس دون شرطه قولا ابن حبيب، والمشهور أمد الشرطي فيها: في الدور الشهر ونحوه.

ابن حبيب: فيها وفي الأرضين شهران. سواء لا وجه لمن فرق بينهما، وقولها في البئر عشرة أيام في السؤال لا في الجواب.

المازري: المشهور في الدور شهر ونحوه وقيل في العقار شهران.

قُلتُ: عزاه الباجي لابن الماجِشُون.

التونسي: له أن يقيم بالدار ليلًا لخبرة جيرانها دون سكنى، وفي جواز شرطها، ثالثها إن لم يكن من محلتها للمتيطي عن غير واحد من الشُيُوخ مع عبد الحق ونقله عن حمديس مع التونسي والمتيطي عن ابن القاسم واللخمي قائلًا: إن صون بها كراء مسكنه منع إلا بعوض معلوم إن بت قبل سكناه سقط ولتمام مدة الخيار وجب، وفي أثنائها بقدر ما سكن.

وفيها: في الجارية خمسة أيام إلى جمعة وشبهه.

ابن حبيب: وكذا العبد.

= أن ذلك بيع فيه خيار وإنما هو وعد ببيع ولذا إذا مات المشتري اختلفوا هل يسقط ذلك اللزوم أم لا.

فقال ابن تليد: أن حكمه حكم الهبة، وقال غيره: أنه من باب العدة وتأمل ما فيه من البحث والله الموفق للصواب بمنه.

(فإن قلت): نقل عن الشَّيخ الفلاحي أنه أورد على المؤلف: أن هبة الثواب يصدق الرسم عليها وليست ببيع خيار فالحد غير مانع.

(قُلتُ): نقل عن المؤلف أنه أجاب عن ذلك بأن هبة الثواب إذا هلك العوض فيها يكون الضمان من الموهوب له فهذا يدل أنه بت أولا.

وحاصل هذا الجواب أنه منع صدق الرسم وأن الهبة فيها وقف بل فيها بت ودليله ما ذكر وأجاب أيضًا: بأن قال لنا: أن نقول الخيار هنا حكمي لا شرطي.

(قُلتُ): هذا لا ينافي الأول إذا تأملته بل يرجع إليه معنى وهو لازمه.

قال بعض المشايخ: والصواب أن يزاد بثمن مسمى ليخرج صورة الهبة المذكورة وفي الجوابين تأمل.

محمد: أجاز فيه ابن القاسم عشرة، وروى ابن وَهْب شهرًا ومنعه ابن القاسم وأشهب.

محمد: أفسخه لشهر.

اللخمي: لا يغيب أحدهما على الجارية وخدمة عبد الخدمة للمبتاع لغو وأجر صنعته، وخراجه غلة.

وفي الدابة دون ركوب ابن حبيب: ثلاثة أيام.

وفيها: لا بأس بشرط ركوبها اليوم وشبهه والبريد ونحوه ما لم يبعه.

أشهب وبريدين فقيل للذهاب والرجوع أبو عمران: للأول فقط.

عياض: البريد للأول والبريدان لهما فيتفقان، وقول ابن عبد السلام: في ركوبها للخبرة دون شرط. قولا أبي عمران وأبي بكر بن عبد الرحمن، خلاف قول عياض قول أبي بكر لا تركب إلا بشرط، لقولها: إن شرط، وقول أبي عمران تركب وإن لم يشترط إن كان الركوب عرفًا في اختبارها.

وقال ابن حبيب: والثوب كالدابة ولا يشترط لبسه.

قُلتُ: هو قول غير ابن القاسم فيها لا يشترط لبسه؛ لأنه لا يختبر باللبس كالدابة بالركوب والعبد بالاستخدام.

اللخمي: الخيار لخبرة المبيع أو للتروي في ثمنه أو كسبه له قبضه للأول إن بينه وإلا فلا.

المازري: إن اتفقا على وقوعه مطلقًا وإن ادعى كل قصد نقيض قصد الآخر فسخ.

التونسي واللخمي: يختلف أمده بحسب المبيع إن كان لخبرته، وإن كان للتروي في ثمنه فقال التونسي: ثلاثة أيام فقط، ولو شرط في الدار شهر للتروي لم يجز إلا ثلاثة.

اللخمي: التروي بحسب قدر الثمن ليس الدينار كالعشرة ولا هي كالمائة ولا هي كالألف، وإن كان لهما اعتبر أبعدهما فإن كان الأول اعتبر كله وإن كان الثاني رد المبيع لبائعه بانقضاء أمد خبرته، وبقي التروي؛ لانقضاء أمده.

وفيها: بيع رطب الفاكهة والخضر بخيار إن احتاج الناس فيه إليه وأمده بقدر

حاجة الناس مما لا يتغير فيه.

سَحنون: ولا يغيب مبتاع على مثلي.

اللخمي: إلا بطبع فإن غاب دونه لم يفسد البيع.

عياض: المنع بشرط ويجوز طوعًا.

محمد: يمنع بقاؤه بيد بائعه، وأجازه بعض شُيُوخ عياض قال: وقول محمد إن شاحه المبتاع ابن محرز: ولو باع عرضًا بعرض اعتبر أمد المقصود منهما بالخيار.

وفيها: أمد خيار السلم يومان، ونحوهما قدر أمد تأخير رأس ماله.

ابن محرز: يريد ورأس ماله عين ولو كان غيرها فبحسبه.

عياض: إنما ظاهرها أمد تأخير رأس ماله وما ذكره يوجب جهل أمد السلم لاحتمال بته في الدار أول الشهر أو آخره، ولو شرط بعد أمد فالنص فسخ البيع.

اللخمي: علله مالك بتهمتهما على إضمار بته بأقل من الثمن وإظهار الخيار ليضمنه البائع بتمامه، فخرج إمضاؤه إن لم تكن عادة بذلك من إمضاء فاسد بيوع الآجال إن لم تكن عادة بها اتهما عليه. ورده المازري بأن فساد بعيد الخيار قد علل بالغرر، وعلى الفسخ قال القاضي: إذا أسقط فاسد الشرط صح العقد إلا شرط بعيد الخيار لعدم مناقضة إسقاطه مقتضاه.

المازري: هذا في إسقاطه ببت البيع، ويتخرج صحته على صحة أخذ تمر عن رأس مال سلم فيه فاسد بعد فسخه بجامع عدم تهمتهما على إتمام فاسد بإظهار الإسقاط والفسخ، وقبله ابن شاس، ويرد بأن الفسخ منهما والإسقاط من أحدهما وتهمة مسلمين أبعد من تهمة مسلم. قال: ولو أسقط الزائد دون بت ظهرت مناقضة مقتضى الشرط ففيه على مأخذه نظر.

وفي كون الضمان في البعيد من مبتاعه بقبضه أو كصحيح الخيار نقل ابن حارث عن ابن سَحنون وابن عبدوس مع محمد وابن وَهْب وسماع سَحنون ابن القاسم قائلًا: شرط فيه النقد أو لا، ولم يحك ابن رُشْد غيره محتجًا بعدم بته.

سَحنون: لو شرط في عقار ثلاث سنين، وبنى المبتاع أو غرس في أمد الخيار، والخيار للبائع لم يفت بذلك ورد وله قيمة بنائه منقوضًا، وبعده مفوت فيوجب على

المبتاع قيمة المبيع يوم انقضاء أمد الخيار، وفيها: إن لم يضربا أمده ضرب بحسب المبيع.

وشرط النقد فيه مفسد، والضمان فيه كصحيح.

الباجي: إلا أن يقبضه بعد أمد الخيار فيضمنه، وشاذ قول ابن الحاجب يفسده على المشهور لا أعرفه إلا رواية محمد من نقد ثمن ثوب حتى يراه فإن لم يرضه رده جاز إن قرب وطبع عليه، وفي صحة العقد بإسقاطه كبيع وسلف نقل ابن رُشْد عن سَحنون، وعبد الحق عن بعض الأندلسيين مع ابن رُشْد عن ظاهرها، وعزاهما المازري للمتأخرين.

والطوع به جائز. ابن رُشْد: إلا فيما لا يمكن التناجز فيه بعد الإمضاء كالسلم والغائب والمتواضعة.

اللخمي: ومضمون الكراء فإن نزل لم يفسخ؛ لأنه إنما قبض عوضًا عنها.

ابن بشير: إن كان كراء معينًا أو غائبًا أو متواضعًا جرى على أخذها عن دين.

قُلتُ: قولها: منع أخذها عنه.

وفيها: لا بأس بالخيار في السلم إن لم يقدم رأس المال فإن قدمه كرهت ذلك؛ لأنه سلف وبيع، وسلف جر نفعًا.

ابن محرز: لا يجوز طوع النقد فيه وكذا كل ما تراخى قبضه بعد أمد الخيار كالإجارة وذكر ما ذكر.

ابن رُشْد قال: لأنه فسخ دين في دين. قال: وقالوا لو طاع به في السلم لم يرد ما لم ينقض أمد خياره فيجب السلم فإذا وجب صار كتأخير رأس ماله بغير شرط ولم يفسخ لسلامة عقده مما يفسده.

قُلتُ: الأظهر رد النقد مطلقًا إذ لا رافع لمفسدة فسخ دين في دين غيره، وحيث جاز الطوع به نقل ابن محرز يضمنه قابضه قال: وقيل إن كان عينًا والعرض كمبيع على خيار، واختار إن دفعه لتمكينه من النفع به، بالأول وإن وقفه بيده لتروي المبتاع بوديعة.

عبد الحق والصقلي وغيرهما: لا يلزم وقف الثمن.

المازري: أشار بعض المتأخرين إلى أنه لا يتخرج من الغائب ولا المتواضعة

لانبرامها وانحلاله.

قُلتُ: قول عياض: الثمن في الخيار والمواضعة إنما يوقف عند المشاحة، يقتضي أن المذهب وقفه، والمشهور صحة اشتراط خيار ثالث إن قربت غيبته، أَصْبَغ عن ابن القاسم: لا يعجبني.

ابن حارث لسَحنون عنه يفسده وعلى الأول لو شرطه أحدهما لنفسه ففي استبداده بالأخذ والرد دونه ولو سبقه بأحدهما واستبداد الثالث كذلك دونه أو الأول إن شرطه البائع وإلا فالثاني، أو القول قول الآخذ منهما إلا أن يتفق المتبايعان على لغو حكم الثالث، خامسها هذا إن شرطه البائع والثاني إن شرطه المبتاع، وسادسها الشارط من كل يلزم أول صادر منه أو من الثالث إن كان البائع وإلا فالثاني، وسابعها هذا والمشتري كالبائع لابن رُشْد عن منتخب ابن لبابة مع ابن حبيب، وظاهرها مع تفسير ابن رُشْد الموطأ والصقلي عن القاضي عن ابن القاسم ورواية أبي عمر مع ابن رُشْد عن من فسرها بتساوي المبتاع بالبائع وتأويلها الشَّيخ مع ابن لبابة وبه فسر قول ابن نافع، والموطأ وتأويلها التونسي، وتخريجه المبتاع على البائع فقيل: تفريقها فيهما تناقض وقيل لقوة ملك البائع، وقيل: شرطه البائع لنفسه والمبتاع لهما.

الصقلي: قول ابن أخي هشام: موت الثالث يفسد البيع على الثاني لا الأول.

الجلاب: ليس لمشترطه فسخ البيع قبل اختيار الثالث فإن مات الثالث استقل به، ولو شرط مشورته فالمعروف الأول.

ابن رُشْد: نقل التونسي عن ظاهر الموَّازية، لزوم سابق، المستشار أخذًا وردًا بعيد، ونقله عن ابن نافع الثاني، وهم؛ لأنه إنما قاله في مشورة مقيدة بخيار، وعزاه اللخمي لروايته، وغلطه بذلك، وقبول ابن عبد السلام نقل ابن الحاجب، وقيل: يستبد إن كان بائعًا لا أعرفه نصًا، والرضى كالخيار.

المازري: عن بعضهم: من وكل على شراء بخيار واشترط خيار ثالث لم يلزم الآمر؛ لأنه وكيل وكل.

قُلتُ: هذا على غير الأول، ومن وكل على شراء ثوب فابتاعه بخيار فضاع، ففي ضمانه الآمر أو المأمور ما لم يبين للبائع أنه رسول فيحلف لقد ضاع ويبرأ، ثالثها إن لم

يزد في الثمن للخيار لرواية محمد وله.

وللخمي قال: وعلى الأول لا يستقل المأمور برد أو بت عن الآمر وعلى الثاني يستقل ليزيل عداه، وتعقب التونسي قول محمد بأن قوله: أنه رسول لا يسقط حق البائع إلا أن يقول رسول إليه وقبوله.

المازري: يرد بأن رضاه بالدفع له بعد إعلامه رافع علة ضمانه وهي القبض لمنفعته بالمقبوض فصار بذلك كأمين. المازري والتونسي وأبو عمران في نازلة القيروان: سمسار أمر بشراء سلعة فقال لأهل سوقه من عنده سلعة كذا فأعطيها فضاعت ضمنها آمره.

وفيها: تخيير أحدهما الآخر إثر عقد البت، لازم بعض شُيُوخ الصقلي. إن نقد الثمن وإلا امتنع؛ لأنه أخذ سلعة بخيار عن دين.

اللخمي: هذا إن قال أقيلك أو أخذتها عن الثمن وإلا جاز، إذ له أخذ ثمنه قبل بت العقد، يريد فليس العقد مبنيًا عليه، وحيث صح في ضمانها المبتاع أو جاعل الخيار قولان لها وللمغيرة.

وفي كون بيع الخيار منحلًا حتى ينعقد أو منعقدًا حتى ينحل أو منحلًا اتفاقًا، فإن أمضي ففي عده ممضي من يوم نزل أو أمضي قولان، طريقا ابن بشير مع المازري وابن رُشْد مخطئًا غيره، وظاهر المذهب، ونص اللخمي والباجي وابن رُشْد أن المبيع مدة الخيار ملك لبائعه فالإمضاء نقل ونص ابن عبد الرحمن ملك لمبتاعه فهو إبقاء والرد فسخ.

المازري: قولان خرج عليهما غيرهما.

الثاني يصحح طريقة ابن بشير والمازري ويرد طريق ابن رُشْد وغلته لبائعه. الشَّيخ عن ابن القاسم اللبن والسمن غلة والصوف جزء من المبيع، وفي كون أرش الجناية عليه تبعًا له أو للبائع قولان لابن حبيب ولها، ولو ولدت الأمة في أمده ففي كون ولدها كجزء منها أو لبائعها قولا ابن القاسم وأشهب، نوقضا بقوليهما فيمن ولدت بعد جنايتها قبل إسلامها، ويفرق لابن القاسم بأن سبب الإمضاء، لما كان من المالك في البيع عد من يوم نزل ولأشهب بأنها في ضمان البائع كالجناية في ضمان المجني

عليه بأرشه، ونقضا بعدم رجم ابن القاسم حرة تزوجها عبد بغير إذن مالكه، أجازه بعد أن زنت ورجمها أشهب، ويفرق لابن القاسم بدرء الحد بالشبهة، ولأشهب بأنه إجازة برفع مانع العقد لا بتحصيل جزء منه، وبأنه حكمي.

أشهب: إن أمضى أمرا بالجمع بين الأم وولدها، وفي كونه في ملك أو حوز قولا المتأخرين.

اللخمي عن محمد: يفسخ للتفرقة، وفيها: ما وهب لها في الخيار لبائعها.

ابن عبد الرحمن إن لم يشترط مالها بخلافها رهنًا مشترطًا مالها ما وهبته، لا يكون رهنًا لانتقال ملك البائع بخيار لمبتاعه وعدمه للمرتهن.

ابن الكاتب: كمكاتب بخيار ما وهب في مدته فله فقبله عبد الحق والصقلي، ويرد بأن ما ثبت بالسنة أقوى مما ثبت بالافتراق وبأن متعلق الحكم الشرعي كلي، ومتعلق الشرط المطلق الحادث جزئي.

[باب دليل رفع الخيار]

ودليل رفعه قول أو فعل:

المازري: وترك هو كعدمها[1]، فبقاء المبيع بعد بعد أمده بيد أحدهما يلزمه له كان ذا الخيار أو غيره يريد ما لم يشهد ذو الخيار بخلافه.

وفيها: إن رد من له الخيار أو بت والآخر غائب وأشهد لزم الآخر، وفي رفع الخيار بغروب شمس آخر يومه وبقائه لما قرب منه قولان: للشيخ عن أشهب مع ابن الماجِشُون، ولها وقول التونسي لو هلك بيد ا المبتاع حيث يكون له رده لقربه، أشبه كون ضمانه منه خلاف مقتضاها ولو شرط إن لم يأت بالمبيع قبل غروب شمس يوم آخره لزمه، ففي فساد البيع وصحته دون شرطه قولان لها مع عياض عن كتاب محمد ولتخريج القابسي على إن لم يأت بالثمن لوقت كذا فلا بيع مع عياض عن سماع ابن القاسم فصوب الصقلي التخريج وفرق غيره بالانبرام، والحل والقول واضح.

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (قول) القول واضح والفعل يأتي رسمه قوله: (وترك هو عدمهما) معناه عدم القول والفعل كما إذا بقي المبيع على خيار بيد أحدهما بعد أمده، فإنه يرفع الخيار.

[باب في الفعل الدال على إسقاط الخيار]

والفعل ما خص صدوره بالمالك[1]:

سَحنون: دليل بت المبتاع منه دليل رد البائع، ونقضه اللخمي بإجازة البائع العبد وبعثه للصنعة إذ الغلة له ومنه عقد حرية لازم ولا نص في الوصيَّة والكتابة على خيار والأظهر دلالتها.

وفيها: نظر فرج الأمة وتزويجها وتجريدها للذة دليل ولغيرها لغو إذ قد تجرد للتقليب.

ابن محرز: هذا تعليل بواقع لا بجائز.

الصقلي: بل بجائز إذ قد يكون بجسمها عيب.

ابن حبيب: قرصها أو مس بطنها أو ثديها أو خضب يديها بالحناء أو ظفر رأسها بغسل دليل لا فعلها ذلك دون أمره.

وفيها: وتعريب الدابة وتهليبها وتوديجها دليل يعني فصدها في أسافلها، وجز شعر ذنبها، وفي إنكاح المشتري العبد أو إجارته أو رهنه أو إسلامه للصنعة أو المكتب أو السوم أو الجناية عمدًا قولا ابن القاسم، وأشهب قائلًا فيها بعد حلفه في الثلاثة الأول، وفي الموَّازيَّة في الجميع.

اللخمي والصقلي: وقاله ابن حبيب في السوم وجناية المشتري والخيار له خطأ لغو فإن رد غرم نقص القليل، وفي غرمه للمفسد ثمنه أو قيمته ثالثها أقلهما لابن القاسم وسَحنون قائلًا ويعتق عليه وقول اللخمي: لو قيل كان وجهًا.

الصقلي: قول بعض أصحابنا يحتمل قول ابن القاسم يضمن الثمن، أي: القيمة، أو أنه اختار قبل ذلك خلاف ظاهر الكتاب.

ابن محرز: قال سَحنون على هذه المسألة كلام سوء ابن الكاتب أراد قوله: يمضي

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (ما خص) أي فعل خص صدوره بالمالك بمعنى أنه لا يصح من غير فعله كنظر فرج الأمة للتلذذ وتزويج الأمة وتجريدها للذة وكذلك إذا أعتق الأمة أو العبد وغير ذلك مما اتفق عليه أو اختلف فيه والله الموفق سبحانه وبه التوفيق.

بالثمن إنما عليه عنده قيمتها ابن محرز هي جارية على الخلاف فيمن استهلك سلعة وقفت على ثمن ولعل سوقها لم يتغير؛ فلذا ألزمه ابن القاسم ثمنها ولو تغير بزيادة غرم الأكثر منه ومن القيمة، وإن أخذه ففي غرمه النقص قولان لابن الكاتب مع ابن عبد الرحمن وظاهرها مع ظاهر الواضحة، وإن رد قال الصقلي عن سَحنون: يحلف وعن ابن القاسم إن اتهم وجناية البائع والخيار له خطأ يوجب تخيير المبتاع وعمدا في كونها دليل رده، القولان وعتق البائع والخيار للمبتاع لغو إن بت البيع وماض إن رد.

قُلتُ: لم يذكروا فيه خلافًا وهو حجة لابن رُشْد على ابن بشير والمازري في أنه على الحل وعكسه العتق لغو لعدم ملك المبتاع وإذن البائع له في التصرف بخلاف عتق المبتاع مبيعًا فاسدًا وخروج لزومه إن بت من قول ابن حبيب، الأرش للمبتاع والمازري من انتقال الملك للمبتاع بالعقد.

اللخمي: لو أعتق أحدهما العبد والأمة ثمنه فإن كإن ذا الخيار لزم فيما باع فقط وإلا ففيما يستقر في ملكه، خرج المازري لزوم عتق ذي الخيار فيما ابتاع لما مر، وفيما باع لقوة العتق كأن بعتك فأنت حر ويغرم القيمة كاستحقاق المبيع ووطء ذي الخيار بائعًا، رد ومبتاعًا بت، فإن كان وخشا عجل الثمن وتوقف العلية للاستبراء.

اللخمي: اتفاقًا كبيع بت وضمانها بيد المشتري قبل الوقف، خرجه على ضمانها مبيعة على ترك المواضعة. ثالثها إن أقر البائع أنه كان وطئها فمنه، وروى أبو الفرج إن حملت من غير ذي الخيار منهما وبت كانت لذي الخيار مع قيمة الولد وإلا حد.

التونسي: وجنايته، والخيار للبائع خطأ كأجنبي وقول ابن الحاجب: للبائع أخذ الجناية أو الثمن لا أعرفه ويضر بالمبتاع وعمدا للبائع إلزامه البيع أو أرش الجناية، وجناية البائع والخيار للمبتاع بقتل خطأ فسخ وعمدا يلزمه، فضل: قيمته على ثمنه وبنقص خطأ مجاز. وعمدا للمبتاع أخذه مع الأرش والمبتاع ذو الخيار فيها، روى علي لا ينبغي أن يبيع حتى يختار فإن باع قبله فللبائع إمضاؤه وأخذ الثمن أو الفسخ وطرحه سَحنون وقال: إنما روى علي الربح للبائع وصوبه الصقلي قال: إذ لو فسخه كان للمبتاع الأخذ إذ لا يسقط خياره فيصير الفسخ لغوًا.

عياض: في بعض رواياتها لابن القاسم الربح للبائع إلا أن يحلف أنه اختار

قبل البيع.

المازري: قيل بيعه رضا.

اللخمي: لو فات ببيع المبتاع والخيار للبائع فله الأكثر من الثمنين والقيمة، وعكسه للمبتاع الفسخ أو الأكثر من فضل القيمة والثمن الثاني على الأول، فإن مات ذو الخيار، ورث ولا إمضاء لبعض ورثته دون بعض.

ابن القاسم: مطلقًا.

الشَّيخ عن الموَّازية: للمجيز أخذ الجميع. أشهب: فيها النظر الأول، والاستحسان الثاني، وكذا في الرد بالعيب.

المازري: مطلقًا، الشَّيخ وابن شبلون: إن لم يرض البائع بالتبعيض.

ابن محرز: وهو ظاهر الكتاب هنا، في مسألة الوصيين، وفي كون الراد من ورثة البائع كآخذ من ورثه المبتاع أو لا أخذ له بحال، قولا شُيُوخ عبد الحق ولم يحك المازري في شرح التلقين غير الثاني، وفي تعليقته أجرى بعضهم الاستحسان في ورثة البائع بأخذ المجيز حظ الراد ليتم البيع وأباه بعضهم؛ لأنه أخذ ملك الراد بغير اختياره.

قُلتُ: لعله على إن عقد الخيار على البت فليس للراد حل بعضه، وقولها لمريد الأخذ أخذ حظ الراد إلا أن يسلم له الباقي من البائع أو المبتاع حظه فقط دليل للشيخ وابن شبلون.

وفيها: لو اختلف وصيان مشتركان رد السلطان أحدهما لأصوبها والمستقلان أو أحدهما مع كبير كوارثين.

وفيها: للمجيز أخذ حظ الراد فإن أبى رد البيع إلا أن يسلم له الباقي من بائع أو مبتاع أخذ حظه فلا يكون له إلا ذلك فأخذ منه قول المازري، وأجيب بأن فيها تقديمًا وتأخيرًا.

ابن محرز: إن اختلف ورثة المبتاع ذي الخيار وورثة البائع في قبول حظ الراد فلا حق للآخذ في حظ الراد من ورثة البائع من حظ الراد من ورثة المشتري، والاستحسان في حظ مريد الإمضاء منه من ورثة البائع بعض شُيُوخ عبد الحق عن بعض الأندلسيين

لا يدخل الاستحسان في ورثة البائع إن كان الخيار له، فأجاز بعضهم ورد بعضهم لا يقال لمن أجاز مصابة من لم يجز؛ لأنه إن قيل له ذلك لم ينتفع إذ الراد يرد البيع وأخذ ما له كرهًا، وألزم عهدة يفر منها، ويقع الضرر على المشتري في تبعيض الشراء عليه إذا أبى ذلك، ولو أن قائلا قال: إن أشهب لم يرد إلا أن لورثة البائع من الخيار ما لورثة المبتاع ما أبعد إذ هو ظاهر لفظ بعض شُيُوخ عبد الحق إن اختلف ورثة البائع كان مريد الفسخ منهم كمريد الإمضاء من ورثة المشتري في قول أشهب بالاستحسان، قال غيره من شُيُوخه: لا يدخل في ورثة البائع بحال.

قُلتُ: ففي دخوله في ورثة البائع مطلقًا وعدمه، ثالثها يدخل، وللراد أخذ حظ المجيز، وليس للمجيز أخذ حظ الراد بحال لقول بعض القرويين: لو قاله قائل: ما أبعد، وقولي غيره من القرويين، وفي كون المتبايعين صفقة فيه، وفي الرد بالعيب كوارثين واستقلال كل بحكمه، قولا أشهب مع مالك وابن القاسم.

وفيها: لمن شاء من مشتري سلعة يختار الأخذ والرد دون صاحبه ولا مقال عليه لبائعها وينظر السلطان لمن جن أو أغمي عليه.

قال ابن القاسم: ينتظر، فإن طال فسخه السلطان لضرر.

أشهب: هو كمن جن وتخريج المازري الفقد على الإغماء نحو قول اللخمي لا يأخذ له على قول ابن القاسم وعلى قول أشهب الأخذ أحروي.

قُلتُ: الأحروية فرق يمنع تخريج عدم الأخذ على قول ابن القاسم: ويؤيده أن المذهب أن الإمام ينظر في مال المفقود لا في مال المغمى عليه، وعلى الأول لو أغمي على مشترطه ثلاثة أيام، يومين، وأفاق في الثالث.

اللخمي: يزاد يومين.

المازري: فيه نظر بناء على أنه مصيبة بالمبتاع أو البائع، وأخذه من قولها: لا يفسخ حتى يطول إغماؤه طولًا يضر البائع، ونوقض ابن القاسم بإجازته أخذ السلطان لغائب بناء معار عرصة فيها بقيمته مقلوعًا وأجاب الصقلي بأن الغيبة مظنة الطول، والإغماء مظنة قرب الزوال.

قُلتُ: فيلزم جواز الأخذ للمفقود إلا أن يراعى قدم فقده في وجوده والمازري

بأن البناء وجب للغائب فتركه تضييع له، وحفظ مال الغائب واجب.

وفيها: لغرماء ذي خيار مات محيطًا به دينهم الأخذ إن كان نظرًا.

الشَّيخ: الربح له والنقص عليهم بخلاف أخذهم ما ابتاع بدفع ثمنه لاستقلاله ببت عقده، فإن تركوا والأخذ أرجح قالوا لم يجبروا بخلاف هبة ثواب كذلك لقوة عقدها لضمانه إياها.

وفيها: ثم للورثة الأخذ بأموالهم.

قُلتُ: والربح للميت.

وفيها: إن عجز مكاتب ابتاع سلعة بخيار في أمده فلسيده من الخيار ما كان له يأخذ منه إن عجزه حجر، أو انتزاع وفي كون ضمان مبيع الخيار من بائعه إلا ما يغاب عليه من مبتاعه إن غاب عليه أو من شارط خياره مطلقًا قولا أشهب مع ابن القاسم ومالك مع رواية ابن رُشْد، وعلى الأول في ضمانه لو قامت بينة بهلاكه بغير سببه نقلا المازري مع اللخمي عن أشهب وابن القاسم.

وفيها: إن ثبت ببينة سرقة الثوب أو غرق مركب أو حرق منزل ورأت البينة الثوب في المركب والنار لم يضمنه، وشرط محمد علمها أنه من غير سببه، ويصدق في ذهاب الحيوان وإباقه وسرقته بيمين ما لم يقم دليل كذبه، ولو ادعى موتًا سئل أهل موضعه ولا يقبل إلا العدول فإن بان كذبه أو لم يعلم موته أحد منهم ضمنه، قالوا: والمتهم وغيره في لزوم يمينه سواء.

ابن حبيب: ويحلف ما كان اختاره اللخمي: إن نكل عن إحداهما ضمن، وإن ادعى موته حيث لا أحد معه صدق بيمينه، وتقدم في ضمان المهر ما ينبغي ذكره هنا وما يضمن المبتاع لو هلك بيد البائع ضمنه اتفاقًا.

اللخمي: يختلف إن قال المشتري: أقبله فعلى قول ابن القاسم يحلف البائع لقد ضاع ويبرأ، وعلى قول أشهب ويغرم فضل قيمته على ثمنه، ولو ضاع عند المشتري فللخمي عن ابن القاسم: يغرم الثمن ولو كان أقل من قيمته دون يمين إن كان الخيار له وإلا فبعد يمينه إن نكل غرمها.

أشهب: إن كان الخيار للمبتاع غرم الأقل منهما فإن كان الثمن فدون يمين وإن

كان القيمة فبعد يمين، وإن كان للبائع غرم الأكثر منهما دون يمين.

قُلتُ: وقاله المازري، والأظهر إن كانت القيمة أكثر فبعد يمينه إن قال البائع: لا أمضي، ولم يحك ابن محرز غير قول أشهب وساقه كأنه المذهب، قال: وإن ادعى البائع هلاكه والخيار للمبتاع فله أخذه بفضل القيمة على الثمن وإن كانت من غير جنسه فله تركها فيه أو غرمه وأخذها، محمد عن ابن القاسم من ابتاع عبدًا بخيار له فهلك، فقال: هلك في أمد الخيار، وقال البائع بعده: صدق؛ لأن المبتاع يطلب نقض البيع فعليه البينة.

الشَّيخ: يعني واتفقا على مضي الأمد، ولو قال المبتاع: لم ينقض، صدق مع يمينه؛ لأن البائع يريد تضمينه.

محمد: وجناية المبيع في أمد الخيار عمدًا عيب وخطأ لغو إن سلمه ربه، والخيار له تم وإن كان الخيار للمبتاع فله منعه ويغرم له فضل الثمن على الأرش، وفي جناياتها من باع عبده بعد أن جنى، وافتكه فلمبتاعه رده بهذا العيب إلا أن تكون بينة، قال غيره: هذا في العمد وفي الخطأ، كأنه عيب ذهب.

اللخمي: إن كان العبد معاودًا لمثل ذلك في الخطأ فله رده، ومن قبل جاريته بعيب حدث في أمد الخيار ثم حدث عنده آخر وظهر عيب قديم ففيها عرفت قيمتها بعيب الخيار يوم الصفقة، وقيمتها بالقديم، وطرح من الثمن حصته، وإن ردها رد ما نقصها الحادث يوم قبضها ابن شبلون: والقيمة يوم العقد محتجًا بشفعة مبتاع شقص بخيار قبل مبتاع بت أخر بته بعده عليه، وعزاه عياض للقرويين.

قال عبد الحق وابن محرز: يوم يضمنها المبتاع وعزاه للمذاكرين وعياض للأكثر، ورد عبد الحق حجة ابن مناس بإنكار سَحنون شفعة ذي الخيار على ذي البت يرد بأن البحث على قول ابن القاسم وهذا أشهر قوليه حسبما ذكره ابن رُشْد آخر سماع سَحنون.

ابن القاسم: في كتاب الزكاة؛ بل ترد حجة ابن مناس بأن ذلك في الثمن؛ لأنه عليه دخل والكلام هنا في القيمة فإن أمسكها سقط عنه من ثمنها الجزء المسمى للخارج من تسمية فضل قيمتها بعيب مدة الخيار على قيمتها به وبالقديم من قيمتها

بعيب مدة الخيار فقط، وإن ردها رد منه السمي للخارج من تسمية فضل قيمتها بالأولين على قيمتها بالثلاثة من قيمتها بعيب مدة الخيار فقط، قاله الشَّيخ وعبد الحق وابن محرز مغلطًا ابن أخي هشام، في قوله: من قيمتها بالأولين؛ لأنه ظلم بالمبتاع.

قُلتُ: لأن الثمن إنما بذل فيها بعيب الخيار فقط، ولو كان بيعها فاسدًا بشرط النقد، وفاتت بحوالة سوق فله ردها بالعيب القديم، وإن أمسكها ففي لزومه قيمتها بعيب الخيار فقط أو به وبالقديم، ثالثها إن حكم عليه بالقيمة قبل ظهور القديم لعبد الحق عن سَحنون مع عياض عن ابن عبدوس وأشهب مع ابن القاسم وعياض عن بعضهم.

ابن محرز: إن حدث بها عنده عيب فله إمساكها بقيمتها يوم قبضها بالعيبين وردها بغرم نقص الثالث من قيمتها بهما ووجه قول أشهب بأن فوتها يعلقها بذمة المشتري كإتلافه إياها قال: والأول أصح؛ لأن فوتها يوجب أن قيمتها كثمن لهما بالعيبين معًا، ومبتاع شيء بخيار إن رده فأنكر البائع أنه المبيع صدق مبتاعه مع يمينه، وبيع الاختيار وفروعه يأتي إن شاء الله حيث ذكره ابن الحاجب، والله الموفق.

[كتاب الرد بالعيب]

الرد بالعيب لقب لتمكن المبتاع من رد مبيعه على بائعه لنقصه عن حالة بيع عليها غير قلة كميته قبل ضمانه مبتاعه[1]، فيدخل حادث النقص في الغائب والمواضعة وقبل

---

(1) قال الرَّصاع: قول الشَّيخ ﷺ لقب معناه: كما قدمنا في بيوع الآجال.

(فإن قلت): وهل يدل ذلك على أن له معنى لقبيا ومعنى غير لقبي.

(قُلتُ): المبيع بالعيب يطلق على معنى إضافي وعلى المعنى اللقبي، واللقبي ما أشار إليه الشَّيخ، والإضافي يتوقف على معرفة المضاف، والمضاف إليه فالرد معلوم وهو النقض والمبيع معلوم والمعنى من المضاف والمضاف إليه نقض المبيع بسبب العيب فالمعنى الإضافي غير المعنى اللقبي؛ لأن التمكين للمشتري من النقض غير نقض البيع.

(فإن قلت): لأي شيء لم يقل كما قاله في بيع الآجال يطلق مضافا ويطلق لقبا.

(قُلتُ): لما كان بيوع الآجال مضافًا له مسائل فقهية مذكورة في الكتب حسن من الشَّيخ ذكر الحدين ولما كان رد البيع، أي: نقضه بالمعنى الإضافي لم يذكروا مسائله، وإنما ذكروا مسائل حالة تمكين المشتري من الرد، صح للشيخ أن يذكر المعنى اللقبي وحده؛ لأنه الذي ترجم عليه الفقهاء بهذا اللقب.

(فإن قلت): تقدم في بيع الخيار أن الشَّيخ راعى المعنى الإضافي ولم يقل فيه لقب، وهنا بالعكس.

(قُلتُ): ذلك ظاهر؛ لأن بيع الخيار ممانع لبيع البت يعمهما البيع فصح حده بما ذكر لصادقية البيع الأعم عليه، والرد بالعيب إنما هو عند الفقيه ما ذكر.

(فإن قلت): كثيرا ما يذكر الفقهاء ﷺ في الرد بالعيب هل هو ابتداء بيع أو نقض بيع وربما يعبرون بأنه نقض للبيع، وهل هو من أصله أم لا قولان والحد لا بد أن يصدق على كل قسم من الأقسام فلا بد أن يكون التمكين من الرد صادقًا على كل والتمكين من الرد غير نقض البيع وغير ابتداء البيع.

(قُلتُ): لا بد أن يكون المعنى التمكين المذكور من المشتري وهل حكمه شرعًا حكم الرد أو حكمه حكم النقض ويدل على ذلك ما فرعوا عليه من مسائلهم إذا هلكت السلعة المبيعة بين المشتري قبل ردها وبعد تمكنه من ردها بحكم أو قيام شهادة، قيل: الضمان فيها من بائعها وقيل من مشتريها، وقد بحث في الإجراء بما هو معلوم في محله (قوله) تمكين المشتري جنس ووجد بخط بعض مشايخ العصر: أنه قال: انظر هل يرد على عكسه رد الوارث فيما إذا اشترى رجل سلعة، ووجد فيها وارثه عيبًا فكأنه يقول لا يصدق على الوارث مشتر، وما قاله صحيح وكذا عندي إذا قام بالعيب وكيل المشتري فحقه أن يقول أو نائبه في البائع والمشتري.

قوله: (من رد مبيعه) فصل والمبيع أخرج به إذا رد غير مبيعه قوله: (لنقصه) أخرج به إذا أقاله البائع من المبيع، فإن له رده على بائعه قوله: (عن حالة بيع عليها) أخرج به النقص عن غير الحالة المذكورة

الاستيفاء وبت الخيار لا الرد لاستحقاق الأكثر وعبر عنه ابن شاس وابن الحاجب تابعين للغزالي بخيار النقيصة وحالة المبيع المعتبر نقصها، إما بشرط أو عرف فشرط ما لا ينقص ولا غرض فيه بوجه لغو، وتخريج ابن بشير إيجابه الخيار من الخلاف في لزوم الوفاء به تخريج للشيء على نفسه والخلاف فيه منصوص، سمع عيسى ابن القاسم: من اشترى أمة على أنها نصرانية فوجدها مسلمة غره بها، وقال: أردت تزويجها غلامًا نصرانيًا أو غير ذلك إن عرف ما قال وأن له وجهًا من حاجته لما ذكر فله ردها، وإن لم

قوله: (غير قلة كميته) صفة لحالة أخرج به صورة استحقاق الحل من يد المشتري قوله: (قبل ضمانه) يتعلق بالنقص ومبتاعه فاعل بالمصدر ولم يقل قبل بيعه بل قبل ضمانه ليدخل في ذلك حادث العيب في الغائب والمواضعة وما شابه ذلك؛ لأن الضمان في ذلك كله من البائع والنقص واقع في المبيع وهو في ضمانه وقول الشَّيخ: بعد حده فيدخل حادث النقص في الغائب والمواضعة وقبل الاستيفاء وبت الخيار لا الرد لاستحقاق الأكثر وهو الذي أشرنا إليه أولا وبينا به كلامه والله الموفق للصواب.

(فإن قلت): الرد بالعيب يعبر به الفقهاء على مسائل العيوب في المبيع وهي أعم من رد المبيع أو الرجوع بالعيب وأخذ قيمته إذا كان يسيرا في الدور وما شابهها واللقب المذكور لما هو أعم مما ذكره الشَّيخ من التمكين من رد المبيع أو التمكن من الرجوع بما ينوب العيب إذا وقع الفوات عند المشتري.

(قُلتُ): لا بد أن الشَّيخ: راعى معنى أخص وهو التمكن المذكور؛ لأن الآخر إنما هو القيام بعيب وفيه بحث وكذلك يتأمل ذكر الرد في الحد مع أن المحدود فيه الرد وبعد أن قيدت ما ذكرت وقفت على بحث للشيخ الوانوغي: (قال) ما معناه قد يقال أن حده غير جامع لخروج المبيع إذا فات عند المشتري بعتق؛ لأن المبيع لا يتمكن من رده وهذا قريب مما قدمنا (قال) ويعترض أيضًا بما إذا بيع على عدة أذرع فوجد دونها فلا يدخل ذلك تحت الحد؛ لأنه قال غير نقص كميته، ثم قال: لا يقال هذه الصورة استحقاق. قال: لأن حد الاستحقاق لا ينطبق على هذه الصورة؛ لأنه قال رفع ملك إلخ قال: لأن هذا الناقص لا يقال فيه شيء؛ لأنه معدوم وعلى صحة إطلاق الشيء مجازا عليه لم يتيقن فيه ملك ثم قال: وقد يقال لا يتناول الحد المترجم عليه؛ لأنه حده لقبا ولم يتكلموا فيه إلا على ما يوجب الرد أو التمكين لا على التمكين ثم قال: ولو قال: ما يصحح التمكين أو ما أوجب تمكين المشتري لكان أولى وفي الجميع نظر فتأمل كلامه هذا وما يرد عليه والحق أنه إن ثبت ما قاله الشَّيخ فما قاله المعترض غير لازم وإن ثبت ما قاله المعترض فقوله: هو الصحيح وإلا فكل ما ذكراه دعوى بلا دليل ولا يبعد أن يقال: الرد بالعيب استعمل لما يوجب الرد وللتمكن من الرد والله أعلم وانظره مع ما شرحنا به رسمه: والله سبحانه الموفق.

يعرف صدق ما قال ولا له وجه فلا رد له، أصبغ: أو ليمينه لا ملك مسلمة.

ابن رُشْد: هذا صحيح على سماع عيسى إن نكح مسلم نصرانية على أنه على دينها فلها فراقه، وروى ابن نافع: لا خيار لها وعليه لا ترد الأمة بأنها مسلمة، والصحيح الأول، وكذا لو اشتراها على أنها من جنس فوجدها من آخر أفضل في تمكينه من ردها، ثالثها إن كان لشرطه وجه لجبلة عن سَحنون والآتي على رواية ابن نافع وهذا السماع.

عبد الحق: قلت لابن عبد الرحمن: النصرانية بصقلية أكثر ثمنًا من المسلمة بكثير. قال: له ردها وشديد أن يكون الإسلام عيبًا.

قُلتُ: في جري الخلاف فيها مع كون ثمن النصرانية أكثر نظر، وفيها: إن وجد جنسًا أرفع مما شرط فلا رد له إلا أن يعلم أنه أراد به وجهًا كمن شرط صقلبية فوجدها بربرية فلا رد؛ لأنها أفضل.

قُلتُ: وتحفظه عن مالك. قال: لا إلا أن يعلم أنه أراد بذلك وجهًا مثل أن يكره شراء البربريات لما يخاف من أصولهن وحريتهن وسرقتهن وما أشبه ذلك فله الرد، وسمعت مالكا وسأله ابن كنانة ونزلت المسألة بالمدينة في رجل اشترى جارية فأراد أن يتخذها أم ولد فإذا نسبها من العرب فأراد ردها بذلك، وقال: إن ولدت مني وعتقت يومًا جر العرب ولاءها ولا يكون ولاؤها لولدي.

قال مالك: لا رد له.

المازري: اختلف ا لنقلة في قوله: وحريتهن فقال سَحنون: يريد أنهن سرقن أحرارًا وهذا يؤيد رواية حريتهن.

اللخمي: وقيل جرأتهن.

قُلتُ: وعلى قوله من العرب للأشياخ كلام محله في الولاء، ومن شرط جنسًا وجد دونه فله الرد اتفاقًا.

ابن رُشْد: عجف شاة شرط سمنها عيب يرجع بحصته من ثمنها، وهو معنى قول أشهب في المبسوطة يرد فيها القيمة.

وفيها: إن شرطها بربرية فوجدها خراسانية فله ردها.

محمد: وكذا العكس لإشكال ما بينهما، وسمع القرينان لمن ابتاع سمنا رده لكونه

سمن بقر لا غنم.

ابن رُشْد: لأنه رأى أن سمن الغنم أفضل، وكذا في هذا السماع من جامع البيوع، أن سمن الغنم ولبنها وزبدها أجود مما من البقر، والذي عندنا العكس وهذا إذا كان سمن الغنم أغلب في البلد أو تساويا فيه، فعلى رواية أشهب هذه إنما يقع البيع في كل متساويين في البلد على أفضلهما، ولابن حبيب في الواضحة خلافه قال: من ابتاع أمة أو عبدًا فألفاه روميًا، وشبهه من الأجناس التي يكرهها الناس، ولم يكن ذكر له جنسه فلا رد له إلا أن يكون أدنى مما شرطه له بائعه، وفي رسم سن من سماع ابن القاسم من ابتاع جارية مثلها لا يوطأ فوجدها مفتضة إن كانت علية فهو عيب، وإن كانت وخشًا فليس بعيب وإن كان مثلها يوطأ فليس بعيب ولو كانت من العلي.

ابن رُشْد: التي لا يوطأ مثلها محمولة على أنها لم توطأ وليس كالشرط فيها فإن وجدها مفتضة فله رد الرفيعة؛ لأنه ينقص ثمنها لا التي من الوخش إذ لا ينقصها الافتضاض إلا أن يشترط أنها غير مفتضة وهو قائم من قولها: من اشترى بكرًا فافتضها لم يبعها مرابحة حتى يبين إلا أن تكون من الوخش اللائي لا ينقصهن الاقتضاض وعارض المازري: إلغاء الثيوبة في التي توطأ بمسألة السمن لاشتراكهما في الدخول على أمر أعم فيهما، وأجاب بأن ثيوبتها غالبة، وتحمل مسألة السمن على أن سمن الغنم أغلب، وسمع القرينان من اشترى قلنسوة سوداء فوجدها من ثوب ملبوس لا رد له؛ لأنها تعمل من الخلقان إلا أن تكون فاسدة جدًّا، وينبغي للبائع أن يبين، فقبله ابن رُشْد وللمازري أثر المسألة، وقال: من اشترى جبة ركبت من ثوب لبس أشهرًا ثم بيض وركبت منه الجبة هذا عيب فأشار بعض الأشياخ إلى أنه اختلاف قول، والعذر عنه أن القلانس ذلك فيها غالب وكذا قال من وجد قلنسوة حشوها صوف أو قطن بعضه قديم لا رد له إن لم تكن رفيعة وهذا؛ لأن العادة عندهم ذلك.

الباجي: عيب الرد ما نقص من الثمن كالعور وبياض بالعين والصمم والخرس.

الشَّيخ عن الموَّازيَّة لا يرد صغير وجد أخرس أو أصم إلا أن يعرف ذلك منه في صغره.

وفيها: والقطع ولو في أصبع، وسمع عيسى رواية ابن القاسم والشعر في العين

ولا يحلف المبتاع أنه لم يره الجلاب: والخصي والجب والرتق والإفضاء.

ابن حبيب: والقبل في العينين أو إحداهما ميل إحدى الحدقتين للأخرى في نظرها، والميل كون أحد الخدين مائلًا عن الآخر للأذن أو اللحى والصور ميل العنق عن الجسد لأحد الشقين والزور ميل المنكب لأحد الشقين، والصدر أن يكون بوسط الصدر إشراف كالحدقة والفزر كونه في الظهر أو بين الكتفين كالحدقة ويقال للأحدب: أفزر، والخبط أثر الجرح والقرحة بعد البرء بخلاف لون الجسد، والعجرة العقدة على ظهر الكف أو غيره من الجسد، والبجرة نفخ كالعجرة إلا أن البجرة لينة من نفخ ليس بزائد والسلعة نفخ زائد ناتئ يتفاحش أثره، والظفرة لحم نابت في شفر العينين، وسمع أَصْبَغ ابن القاسم نقص الضرس في العبد خفيف، وفي الجارية الرفيعة عيب.

ابن رُشْد عن ابن حبيب: نقص السن في العبد والوضيعة من مؤخر الفم لغو، ونقص السنين وزيادة السن الواحدة عيب مطلقًا فيهما، وحمل الرائعة عيب.

الباجي: اتفاقًا. التونسي: هو في ذات زوج أو معتدة أو ظاهرة الزنا لغو في بعض الروايات رجوع من ابتاع زوجته بعيب حمل ظهر بها وفيه نظر.

وفي حمل الوخش ثالثها لأهل الحضر لا البدو، ورابعها ولذي صلاح منهم علم أنه لا يكتسب مثلها لابن القاسم مع روايته، وابن كنانة فيها مع الباجي عن رواية أشهب وابن رُشْد عن ابن حبيب واللخمي.

ابن عبد الرحمن: معنى قول ابن كنانة في الجلب، وحمله غيره من زنى أو نكاح وكلاهما عيب، فقبله المازري ورده عياض بأنه قد يكون من زنا تبرأ منه، وجهل حملها أو علمه وكتمه وكذا من نكاح وقع منه فراق.

الباجي: صفة الرد به ما في المبسوط: إن ظهر بها وجاء لستة أشهر من يوم قبضها مبتاعها فلا رد له، وإن ولدته قبل ستة أشهر فله الرد.

قُلتُ: سمع ابن القاسم ترد بتبينه بشهادة امرأتين ولا يستأنى وضعه لضمانها مبتاعها.

ابن رُشْد: لا يبين وجوده لأقل من ثلاثة أشهر ولا حركته لأقل من أربعة أشهر

وعشر فإن شهدتا ببيانه، دون شك من غير حركة ردت فيما دون ثلاثة أشهر وعشر لا فيما زاد لاحتمال حدوثه ويتخرج على رواية لا تجب نفقة البائن لظهوره؛ بل بوضعه ولا يلاعن له إلا بعد وضعه ولا يوجب حكم أم الولد ظهوره؛ بل وضعه عدم الرد به؛ بل بوضعه إن وضعته حيًا لأقل من ستة أشهر فترد لعيب الولد والولادة وإن مات الولد فلعيب الولادة إن نقصها، وإن وضعته لستة أشهر لم ترد لاحتمال حدوثه.

وسمع ابن القاسم: إن ردت بشهادة النساء بحملها ثم وجد باطلًا لم ترد على المشتري.

ابن رُشْد: إذ لعلها أسقطته وكتمته، والرسح: صغر العجزة فيها ليس بعيب.

الشَّيخ: روى محمد إلا أن تكون ناقصة الخلق.

المازري: لذا أولها المتأخرون بيسيره وعدم كونه غير معتاد.

ابن حبيب: الرسح عيب إلا أنه ظاهر للمبتاع.

قُلتُ: في سقوط قيام المبتاع بعيب لا يخفى مثله على المبتاع طريقان.

ابن رُشْد: لا قيام له لقول مالك في الزلاء.

الصقلي: هذا قول ابن حبيب وهو حسن ومالك لا يوجب فيه غير اليمين.

قُلتُ: وكذا نقل محمد عن ابن القاسم بعض شُيُوخ عبد الحق لو اشتراها غائبة على الصفة فوجدها زلاء فله ردها لكلام ابن حبيب.

روى أشهب: صغر القبل ليس بعيب ما لم يتفاحش، وشيب الشابة في كونه عيبًا في العلي مطلقًا أو إن كثر. ثالثها، وإن قل إن كتمه البائع لها مع الشَّيخ عن رواية محمد وابن عبد الحكم ، وقول أشهب قيل: وقليله في الوخش لغو وفي كثيرة فيه، ثالثها ما تفاحش عما يكون في سن الأمة عيب لها واللخمي عن أشهب واختياره.

الشَّيخ: روى ابن حبيب تجعيد شعر غير الرائعة، وتسويده لغو، وفي الرائعة عيب، زاد محمد: إن نقص من ثمنها، وفي كتاب آخر نقصًا بينًا.

وفي كون صهوبة الشعر عيبًا، **ثالثها** فيمن يظن أن شعرها أسود كالسمر لنقل التونسي مع عياض عن تأويلها بعضهم والأسدية، وابن حبيب واختيار التونسي شارطًا نقصه من ثمنها مع اللخمي لا بشرطه قائلًا: إن سواد شعر من يظن أنها صهباء

ردت به إن رآه المبتاع، وإن كان مستورًا فلا.

الشَّيخ روى ابن حبيب: لا ترد صهباء الشعر، ولو قال المبتاع: لم أره فهو لا يخفى.

قُلتُ: ظاهره أنه عيب وعدم الرد به لظهوره. والاستحاضة عيب ولو في الوخش.

محمد: قال ابن القاسم: مرة بقي عيب في التي توطأ، ويسأل عن الدنيئة فإن نقصها من ثمنها ردت.

ابن حبيب: إن اعترتها الاستحاضة مرة بعد أخرى فهو عيب، وارتفاع الحيض مرة بعد أخرى غير عيب.

الباجي: مقتضى المدَوَّنة أنهما سواء فقول ابن عبد السلام. قال ابن حبيب: إن كانت الاستحاضة تعتريها مرة أخرى لم يلزمه البيان ولا ترد وهو ظاهر؛ لأن الاستحاضة على هذا الوجه أكثرية فهو كالمدخول عليها غلط فاحش.

الباجي: روى محمد مدة الاستحاضة التي هي عيب شهران قال: ولا يردها إلا إن ثبت عند البائع لا بما اتصل يوم الاستبراء؛ لأن بحيضها ضمنها مبتاعها.

قُلتُ: عزاه الشَّيخ لأشهب ولتفسير محمد قول مالك.

اللخمي: هذا على أن المحبوسة بالثمن من المبتاع وعلى أنها من المبتاع ترد.

قُلتُ: يفرق بأن حبس المحبوسة بفعل البائع وفي الاستبراء بالحكم.

اللخمي: إن قبضها في أول الدم ثم تمادى استحاضة فله ردها للشك في استحاضتها قبل هذا الحيض بخلاف شرائها نقية من الحيض والاستحاضة إلا أن يشهد عليه أنه لم يكن أو يكون عليها دليل ذلك مما يحدث للنساء من الشحوب كان أبين أنه قديم.

قُلتُ: في ظاهر الكتاب تنافٍ ولذا لم يذكره المازري، والأقرب رد قوله: إلا أن يشهد استثناء من قوله: فله ردها، وقوله: أو يكون عطف على أول كلامه فيكون حاصله إن قبضها في أول الدم ثم تمادى استحاضة أو يكون عليها أي: الاستحاضة دليل فله الرد وإن قبضها في نقاء أو شهد أنه أي: دم الاستحاضة لم يكن فلا رد.

وفيها: بول الجارية في الفراش عيب.

ابن حبيب: وكذا الغلام إن فارق حد الصغر جدًّا.

اللخمي: ولو كان وخشا، وسمع القرينان إن أنكره البائع وضعت عند عدل، ويقبل خبر الرجال والنساء.

ابن رُشْد عن ابن عبد الحَكم : لا يثبت إلا بإقرار البائع.

قُلتُ: نقل اللخمي عنه يحلف البائع ويبرأ إذ قد تكره الأمة مبتاعها فتفعله.

ابن رُشْد: الصحيح قول ابن حبيب لا يثبت إلا ببينة أنها كانت تبول ولا يحلف المبتاع بائعه على علمه بمجرد دعواه؛ بل حتى توضع بيد امرأة، أو ذي زوجة فيقبل خبر المرأة والزوج عن امرأته ببولها، ولو أتى المبتاع بمن ينظر مرقدها بالغدوات مبلولًا فلا بد من رجلين؛ لأنها شهادة.

وفيها: كون العبد مخنثًا عيب، وكون الأمة مذكرة عيب إن اشتهرت بذلك عبد الحق في بعض التعاليق عن أبي عمران: شرط الشهرة فيها دونه؛ لأن خنوثته دليل ضعفه وتذكيرها لا ينقص من خصال النساء شيئًا فإن اشتهرت به كان عيبًا؛ لأنها ملعونة في الحديث.

وروى ابن حبيب إن وجد العبد مؤنثًا يؤتى أو الأمة مذكرة فحلة شرار النساء إن شهد بذلك فهو عيب ووضيع كلامه وتذكير كلامها بطبعهما لا يردان به.

الشَّيخ: هذا خلاف المدَوَّنة، ونقله عنه عبد الحق، وقال عن بعض شُيُوخه: ليس خلافها إنما شرط فيها الشهرة؛ لأنه نسب بغير بينة.

قُلتُ: فيلزم في العبد، قال في تهذيبه: قول الشَّيخ أصوب.

عياض: شرط الشهرة في جارية المهنة لا في العلية؛ لأنه عيب فيها مطلقًا.

وفيها: زعراء العانة عيب، الصقلي عن سَحنون: لأنه عيب في وطئها؛ لأن الشعر يشد الفرج وعدمه يرخيه.

ابن حبيب: يتقى عاقبته في الداء السوء.

المتيطي: أخذ بعض الموثقين منه كونه عيبًا في الأمة والعبد، ومن قول سَحنون لغوه فيه، وفي الموَّازية: زعر غير العانة عيب.

محمد: يريد: إن لم ينبت في ساقها وجسدها، ولا يعجبني قول ابن القاسم لا يرد

عبد بقول أهل النظر يرى به جذامًا لا يظهر إلا لسنة؛ لأنه يرد بقولهم: هو سياري.

الشَّيخ عن غيره: هو الذي لا حاجبان له.

قُلتُ: يرد لعدم حاجبيه لا لما يتوقع إلا أن يقال عدم حاجبيه واضح الظهور، وفي سماع ابن القاسم قال سَحنون: ثيوبة من يفتض مثلها لغو ومن لا عيب في العلي لا الوخش.

ابن رُشْد: إلا أن تشترط بكارتها وهو قائم من قولها: إن افتضها مبتاعها لزمه بيانه في المرابحة إلا أن تكون وخشًا لا ينقصها افتضاضها.

قُلتُ: هي لابن القاسم لم يسمعها، وليس كلما لزم بيانه في المرابحة عيبًا في غيرها كعدم الشراء وفي الاستغناء شرط البكارة في وخش الرقيق، دون وسطه لغو، قال: وكانت الفتيا بقرطبة بكارة العلية عيب لجهل ما يحدث عند افتضاضها.

قُلتُ: هذا نقيض قول سَحنون الذي قبله الناس، فقول ابن شاس وابن الحاجب: ثيوبة من لا يوطأ مثلها عيب متعقب لإطلاقه، والعسر: البطش باليسرى دون اليمنى عيب لا الضبط: البطش بهما معًا.

وفيها: الزنا ولو في العبد الوخش عيب.

محمد: ووطؤها غصبًا عيب، وروي: شرب المسكر وأخذ العبد أو الأمة في شربه ولو لم تظهر بهما رائحة عيب وفيها: بخر الفم عيب.

ابن حبيب: ولو في عبد دنئ.

وفيها مع سماع عيسى ورواية ابن القاسم: الولد مطلقًا عيب.

ابن حبيب: وأحد الأبوين. وفي الأخ

ثالثها: إن كان يخشى مثله ويتجنب الشراء لأجله للمتيطي مع ابن فتحون عن انفراد ابن العطار به والمعروف، واللخمي.

الصقلي: قال بعض أصحابنا: الجدة عيب؛ لأنه يأوي إليها.

وفيها: الزوج أو الزوجة أو الدين عيب.

الشَّيخ عن ابن حبيب: لو قال مبتاعها: كان لها زوج مات أو طلقها، وصدقه البائع أو الأمة لم يطأها ولم يزوجها إلا ببينة طلاقه أو موته ولا رد له بذلك ولو قال:

ظننت قبول قول الأمة والبائع في ذلك وهو جاهل.

قُلتُ: قد تجري على قولها فيمن قال: كان لفلان علي دين، وقضيته لا على سبيل الشكر إن طال قبل قوله. وفي كون جذام أحد الأبوين عيبًا ولغوه ولو كان بهما.

ثالثها: إن قال أهل النظر هو مرض لا يخطئ قريبًا أبدًا، لابن رُشْد عن سَحنون مع أَصْبَغ وسماعه ابن القاسم ورواية ابن حبيب وابن كنانة مع رواية داود بن جعفر وابن دينار.

قُلتُ: زاد الشَّيخ في رواية ابن حبيب: والجدان كالأبوين اللخمي والمازري: جنون أحد الأبوين من فساد الطبع كجذامه ومن مس الجان لغو.

اللخمي: وسواد الأبوين لغو في العبد والأمة الوخش، وفي العلية قولا العتبيَّة والواضحة.

قُلتُ: سمع القرينان سواد أحد الجدين لغو.

ابن رُشْد: الصحيح رواية ابن حبيب عيب، وكون من اشترط لرشده لزنا عيب مطلقًا، وإن لم يشترط ففي كونه عيبًا ولو في العبد الوخش، ثالثها في العلي منهما، ورابعها في العلية فقط، وخامسها في الأمة ولو من الوخش والعبد الرفيع، وسادسها في العلي منهما مطلقًا، وفي الوخش إن علمه البائع وكتمه للخمي عن سَحنون مع ظاهرها وابن رُشْد عن ابن القاسم وله عن سماع القرينين مرة واللخمي عن أشهب، وله عن ابن شعبان مع ابن رُشْد عن سماع القرينين مرة، والشَّيخ عن رواية أشهب ورواية ابن حبيب.

وفي كون عدم خفاض الجارية وختان الغلام المسلمين **وقد ولدا عند المسلمين أو طال ملكهم لهما وفات وقت ذلك منهما عيبًا مطلقًا أو في الرفيعين.**

ثالثها: في الغلام مطلقًا، وفي ا لجارية الرفيعة لابن حبيب مع سماع محمد بن خالد ابن القاسم وسماعه عيسى وقياس ا بن رُشْد بكونه قولًا ثالثًا، وفي كون ختنان العبد النصراني عيبًا قول ابن رُشْد مع سماع يحيي ابن القاسم وسماعه عيسى مع الشَّيخ عن الموَّازيَّة والواضحة.

ابن حبيب: ختانه وخفضها إن كانا مجلوبين عيب لخوف كونهما من رقيقنا أبقا

لعدو أو أغار عليهم وإلا فلا.

وفي كون دعوى الأمة إيلادها سيدها أو الحرية عيبًا ترد به على من ادعت ذلك في ملكه، سماع ابن القاسم مع الشَّيخ عن رواية محمد والواضحة وابن رُشْد عن فتوى ابن لبابة وابن مزين، وعبيد الله بن يحيي ونظائرهم ورواية ا لمدنيين قائلًا: روى داود بن جعفر نحوه وقال: إن سرق العبد في عهدة الثلاث رد بذلك، وإن أقر بالسرقة لم يرد؛ لأنه لم يتهم على إرادة الرجوع لسيده، ومعناه عندي إن كانت سرقته التي أقر بها لا توجب قطعه.

قُلتُ: ما يتهم فيه ليس بمحل خلاف بحال.

ابن عات: إن قام شاهد بحرية عبدٍ أو أمة لم يحكم به، وكان عيبًا يرد به، وارتفاع حيض الشابة عيب.

اللخمي: ولو في الوخش.

عياض وابن عات: رواه أَصْبَغ عن ابن القاسم.

ابن عات: به أفتى ابن عتاب.

الشَّيخ عن ابن القاسم: عيب في العلية والوخش إن بلغت ست عشرة سنة، ونحوها.

ابن عات: مذهب المدَوَّنة إنه غير عيب في الوخش.

عياض: أخذه ابن سهل من قولها؛ لأنها في ضمان البائع حتى تخرج من الاستبراء، وقال غيره: إنما تكلم على الغائب مما فيه المواضعة.

قُلتُ: إن أراد عدم رد الوخش على بائعها بارتفاعه بعد العقد فبين من لفظها، وإن أراد عدم ردها، ولو ثبت عند البائع قبل العقد فممنوع؛ بل ظاهر لفظها أو نصه كونه عيبًا؛ لأن لفظها لو قال بائعها: حاضت قبل بيعها بيومين فارتفاعه عيب حدث عندك لم ينفعه؛ لأنها في ضمانه حتى تخرج من الاستبراء، فهو إن حدث منه كسائر العيوب إذا كانت تتواضع إلا أن تكون من اللاتي يبعن على غير الاستبراء فتباع على ذلك فتكون من المشتري؛ لأنه مما يحدث كعيب حدث، ألا ترى لو ماتت بعد ابتياعها لكانت من مبتاعها.

ابن حبيب: كونها لا تحيض إلا بعد ثلاثة أشهر عيب، ولو ابتاعها في أول دمها؛ لأنه إن باعها لا يقبض ثمنها إلا بعد ثلاثة أشهر، وتأخير حيض معتادته عقب بيعها عيب، وفي قدره خمسة.

الشَّيخ: روى محمد شهران.

عياض: عن ابن حبيب: ورواية أشهب ومطرف: ثلاثة أشهر.

الشَّيخ لمحمد عن ابن القاسم: أربعة وما لا ضرر فيه على المبتاع لا رد له، وروى أشهب إن مضى بعد قدر حيضها شهران لم ترد حتى تطول.

وقال أشهب: ينظرها النساء بعد ثلاثة أشهر فإن قلن لا حمل بها حل له وطؤها ثم لا رد له فإن لم يطأ وطال الأمر فله ردها.

اللخمي: قال مالك وابن دينار والمغيرة: إذا مضت خمسة وأربعون يومًا ولم تحض فالقول قول من أراد الفسخ منهما ورجح اللخمي رواية أشهب، وعزا عياض الأول لأحد قولي محمد وعزا له أيضًا مثل قول المغيرة.

وفيها: إن ارتفع شهرين فهو عيب ثم قال: إن مضى شهران من حين الشراء ولم تحض فلا رد له؛ لأن الحيض يتقدم ويتأخر الأيام اليسيرة إلا أن يطول ذلك.

ابن محرز: قالوا ليس اختلافًا الشهران في الأولى بعد أيام الاستبراء، وفي الثانية من يوم الشراء، وظاهر المدَوَّنة إن طال ثم حاضت فلا رد له.

عياض: حملها شُيُوخنا على اختلاف قوله فيهما وأن مذهبه فيهما اعتبار الطول والضرر، وقوله: أولًا هو عيب أي: ارتفاعه لا تحديده بشهرين؛ لأنه في لفظ السؤال لا الجواب.

ابن عبد الغفور: قيل يلزم المبتاع الصبر لأقصى أمد الريبة، وسمع القرينان: إباق الصبي في المكتب عيب رد ولو بيع بعد بلوغه.

الشَّيخ: في كتاب محمد كون الأمة مغنية غير عيب.

اللخمي: إن علم أنه ممن يرغب في ذلك وإلا فله ردها؛ لأنه يتقي منه ما تعوده أمثالها. وفي كون تصرية الأمة تشترى لإرضاع، عيبًا نقلًا ابن زرقون عن الخطابي وبعض القرويين.

وسمع أَصْبَغ ابن القاسم الكي خفيف إلا ما خالف اللون، أَصْبَغ أو تفاحش أو كان مفرقًا وإن لم يخالفه أو وإلا الفرج أو كان في الوجه، وروى ابن حبيب غير متفاحشه عفو، وإن كان عند النخاسين عيبًا، وصوب ابن رُشْد قوله الكية الواحدة عيب في الرائعة لا الوضيعة ولا العبد، بعض شُيُوخ عبد الحق، وابن رُشْد عن ابن دحون: إن قال أهل النظر في كي عبد أنه لعلة لم يرد إن كان بربريًا، وزاد إن كان روميًا؛ لأنهم لا يكتوون إلا لعلة، بخلاف البربر.

الشَّيخ: روى ابن حبيب الخيلان في الوجه والجسد إن نقصت من ثمن العلية عيب وإلا فلا.

قُلتُ: تخصيصه بالعلية خلاف إطلاقها، وفيها: حبس من اتهم بسرقة فألفي بريئًا غير عيب ككونه غير جرحة في الحد.

الصقلي: براءته بثبوت سرقة ما اتهم فيه غيره.

ابن حارث: اتفقوا على رد العبد بأنه سرق عند بائعه واختلف إن كانت تهمة غير حقيقية فقال ابن القاسم: ليس بعيب.

وقال أشهب: هو عيب يوجب الرد، وسمع عيسى ابن القاسم علم مبتاع عبد بمائة أن بائعه إنما باعه بها بعد امتناعه من بيعه بها على أن زاده غيره عشرين دينارًا عيب إن اشتراه للعتق.

ابن رُشْد: لا يصدق أنه اشتراه وإلا فلا.

ابن رُشْد: إن اشتراه على السكت فادعى له أنه اشتراه للعتق ليرده لاحتمال ندمه ولو لم يعلم ذلك حتى أعتقه صدق.

قُلتُ: يتهم على الرجوع بقيمة العيب قال: ولو شرطه وعلم قبل عتقه فله رده، وبعده سمع ابن القاسم مالكًا وابن هرمز: هو عيب يرجع به المبتاع فيأخذه من الثمن، ففسره ابن القاسم برجوعه بمناب عيب شرط العتق من الثمن كمناب عيب الدين والزوجة والولد.

ابن رُشْد: لا وجه له والصحيح أن يرجع في المائة بقدر الزيادة منها مع المائة، وذلك سدس المائة.

زاد الشَّيخ عن عيسى: لو ابتاعه رقبة وقد كتب بائعه على أجنبي عشرين وكتبها الأجنبي يوم البيع على العبد، ثم باع المبتاع، فإن علم البائع الكتب على العبد سقطت العشرون عنه وعن الأجنبي وإن جهله رجع بها على الأجنبي والأجنبي على العبد والمبتاع على البائع بقيمة عيب الدين وسمع القرينان: ابتياع العبد بالبراءة، عيب.

ابن رُشْد: اتفاقًا، وعزا المتيطي: كونه عيبًا لرواية محمد: قال: وقال في العتبية: لا بأس بذلك.

قُلتُ: عزوه للعتبية وهم لما تقدم.

عبد الحق عن بعض القرويين: يجب على هذا أن لو باع ما وهبه ولم يبين، وباع على أنه اشتراه لكان لمبتاعه مقال إذ لا رجوع له على الواهب بحال.

قُلتُ: كذا قال الصقلي وباع على أنه اشتراه ونقل المتيطي أصوب. قال: قال أبو بكر بن عبد الرحمن ومحمد بن عمر وابن بدر، وغيرهم وكذا من باع ما وهبه ولم يبين.

اللخمي: من وجد العبد صقلبيًا وهو ممن لا يكتسب مثله، فله رده لضعفه وعدم تصرفه فيما يتصرف فيه غيره، وإن كان ممن يرغب في مثله فلا رد له؛ لأنه أثمن إلا أن يعلم أنه قصد شراءه لغير ما يراد له.

الصقلبي: وسمع القرينان عثار الدابة إن ثبت كونه عند بائعها أو قول أهل النظر لا يحدث بعد بيعها أو كان لقوائمها أو غيرها أثره ردت به وإن أمكن حدوثه بعد بيعها حلف بائعها ما علمه عنده، فإن نكل حلف المبتاع ورد، وخرج ابن رُشْد: نفي حلف البائع من قول أشهب: في العبد يأبق بعد شرائه لا يمين على بائعه، وقول ابن كنانة: إن قرب عثارها من بيعها حلف وإلا فلا ثالث والدبر والرهص والمشش عيب.

المتيطي: وتقويس ذراعيه وقلة الأكل المفرط الباجي. والحران والنفور المفرط، وسمع ابن القاسم: قول بائع فرس وجد به رهصة لمبتاعه اركبه فإنها تذهب ليومين لغو ولمبتاعه رده.

سَحنون: عدم حرث الثور أو البقرة غير عيب إلا أن يشترط ولو شرطه ولم يبين هل برأسه أو عنقه فوجده بعنقه فله رد ذكور البقر دون إناثها؛ لأنه المعروف فيهما.

وسمع القرينان: إن وجد مبتاع شاة جوفها أخضر يظن أنه من ضربها، أو قيل له سمينة فقيل له عجفاء لا رد له ويحلف بائعها ما ضربها إن جاء مبتاعها بوجه.

ابن رُشْد: قائل هي سمينة غير بائعها وإلا ردت عليه، وظاهره إن علم أنها من ضربه فله ردها، وهو من غير ضربه كسوس الخشب، ووقفه يمينه على إتيان المبتاع بوجه هو على أن يمين التهمة لا تتوجه دون شبهة.

وفي الأضحية: توجد بعد ذبحها عجفاء اضطراب.

ابن الفخار وابن دحون وابن العطار: لا رجوع له كسوس الخشب محتجين بسماع القرينين ما تقدم، وأجاز ابن دحون بائعها بأخذها ورد ثمنها قال: لأنها عين ما باع، ومنعه ابن الفخار. قال: لأنه بيع الحيوان باللحم فخرجهما ابن سهل على سماع القرينين أول قولي مالك بإجازة أخذ بائع تمر بعد بدو صلاحه شيئًا منه بعد يبسه ببعض ما بقي عليه من ثمنه، وثانيهما بمنعه، أبو محمد بن الفساوي الطليطلي له ردها كالثوب على المدلس بعد قطعه، ورده ابن سهل بأن بائعها قد لا يكون مدلسًا.

ابن عات: يرجع بقيمة العيب وقاله ابن مالك، وقال: كذا في كتاب ابن شعبان.

ابن سهل: ذكرت لابن عتاب قول ابن دحون وسماع القرينين فلم يأت بحجة ونظرت كتاب ابن شعبان فلم أجده فيه.

ابن رُشْد: الذي أقوله إن قال له أخرج لي من غنمك شاة أضحي بها فوجدها لا تجزئ فله ردها مذبوحة، وإن قصد شاة بعينها قال: أضحى بها أو لم يقل إلا أنه وقت شراء الضحايا وليس من أهل التجر كالجزارين فلا رد له إلا أن يقر البائع أنه كان عالمًا أنها لا تجزئ ابن سهل: سئل بعض شُيُوخنا عمن ابتاع شاة وجد بلحمها جدريًا. فقال: رأى بعض من سمعنا من العلماء، أنه عيب يرد به قبل الذبح، ويرجع بقيمته بعده، وقولنا وقول بعض أصحابنا لا رد له كعيب باطن الخشب.

وفيها: ما بيع من غير الحيوان، وفي باطنه عيب من أصل الخلقة يجهله المتبايعان ولا يعلم إلا بفساده كالخشبة يلفى بداخلها عيب لا ترد به ولا قيمة فيه، وكذا الجوز الهندي وسائر الجوز يوجد داخله فاسدًا أو القثاء أو البطيخ يوجد مرًا ويرد البيض لفساده؛ لأنه يعلم ويظهر قبل كسره هو من البائع إذا رد بقرب البيع.

اللخمي: اختلف فيما لا يعرف من العيوب حين العقد على ثلاثة أقوال، وروى محمد ما لا تمكن معرفته إلا بعد القطع والنحت لم يرد وكذا الفص يحك، وعلى هذا يتبايعان.

ابن حبيب: هذا إن كان من أصل الخلقة لم يحدث بعد قطعه، وما حدث بعد الصحة من عفن أو سوس هذا يعلمه بعض الناس، وإن جهله آخرون يرد به.

الأبهري: له الرد في الجميع وهو أقيس إن دخلا على السلامة، وجهلا الحكم في الرد بالعيب إلا أن تكون العادة عدم الرد به، وعلمها المتبايعان وعلى هذا الوجه تكلم مالك، ولو جهل المشتري ذلك، وقال: إنما اشتريت معتقدًا إن لي الرد لو علمت أن لا رد لي ما اشتريته إلا بأقل، فله رده إلا أن يرضى بائعه بأنه على حقه في عيبه إن ظهر، وإن لم يعلم حتى فات وبانت سلامته فلا مقال له، وإن بان عيبه رجع بقيمة العيب.

المازري: ما لا يعلم لكونه بباطن المبيع كعفن الخشب وسوسه في الرد به رواية القزويني مع الأبهري عن رواية المدنيين ورواية ا لأكثر مع أصحاب مالك، ثم ذكر قول ابن حبيب، وقال: جعله بعض الأشياخ ثالثًا وما أراه كذلك؛ لأن ابن حبيب خصه بما يعلمه بعض الناس ويجهله آخرون.

ومحل الخلاف إنما هو فيما لا يمكن علمه، وفي كون الجوز الهندي وغيره يوجد داخله فاسدًا كالخشب مطلقًا، أوله الرد في اليسير نقلا اللخمي عن مالك معها ومحمد قائلًا: لا رد فيما كثر كالأحمال إلا أن يكون أكثره.

قُلتُ: عزاه ابن حبيب لابن الماجِشُون وأَصْبَغ وقال: لأنه إذا شمله الفساد خرج عن كونه عيبًا إلى كونه جنسًا آخر، وفي كون القثاء يوجد مرًا كذلك القولان لعزوهما ولمحمد وابن حبيب عن أشهب إن أمكن معرفة مره بإدخال عود رقيق فله الرد في اليسير كالقثاء والاثنين ولا ترد الأحمال.

محمد: إلا أن يكون أكثره مرًا.

اللخمي: اختلف في الجلود فقال ابن القاسم: ترد بالعيب كالثياب.

ابن حبيب: كالخشب ما هو من أصل الخلقة كالجدري لا رد به، وما يحدث من قلة الملح أو حرارة الشمس أو ماء بحر ترد به في الواضحة، وكذا جلود الفراء تباع

فيتبين أن السوس قد ساس فيها ولم يلبث عنده ما تسوس فيه؛ لأنها عند البيع مقبضة يابسة لا يستطاع تقليبها، او قد تكون غير مقبضة والسوس بين الجلد والصوف فإذا دبغت علم ذلك وكذا الجلود البقرية كذا فسره ابن الماجِشُون وأَصْبَغ زاد أصبغ: وفساد لون الحرير يظهر بعد إدخاله العمل إن كان أصليًا لا يحدث بعد تمامه وهو في يد أهله لا يرد به، وإن عرفه بصراء التجارة رد به.

وفيها: يرد البيض لفساده؛ لأنه يعلم ويظهر قبل كسره هو من البائع.

محمد: إن كان البائع مدلسًا فلا شيء على المبتاع في كسره وإن كان غير مدلس لم يرد، ورجع بما بين الصحة والداء.

اللخمي: يريد إن كان ممروقًا وإن لم يجز أكله فهو ميتة يرد جميع الثمن وإن لم يدلس.

وقال ابن القاسم في المَوَّازية: إنما يرد بفساده بحضرة البيع، وإن كان بعد أيام لم يرد إذ لا يدري هل فسد عند البائع أو المبتاع.

الشَّيخ: روى محمد عدم نهوض الناقة غير عجفاء بحمل مثلها عيب، ومن ابتاع دابة بعد أن ركبها، ورأى سيرها حسنًا، ثم وجدها بطيئة المشي لا رد له.

وفيها: كون الحنطة جفت بللها عيب.

وروى محمد: وطفو الحوت عيب.

ابن حبيب: عدم نبات الشعير عيب روى محمد يرجع مبتاعه بما بين قيمتيه نابتًا وغير نابت علم بائعه ذلك أو لا؛ لأنه يتصرف إلى غير وجه وباء المدلس بالإثم وعليه العقوبة.

الشَّيخ: يريد ولم يشترط عليه زريعة ولا بين له أنه يشتريه لذلك.

ابن سَحنون: عنه إن باعه على أنه زريعة، ويعلم أنه لا ينبت رجع عليه بكل الثمن وإن لم يعلم رجع عليه بالثمن ورد له مثل شعيره إن ثبت أن الشعير بعينه زرعه بأرض ثرية فلم ينبت.

اللخمي: البائع الشاك في النبات كالعالم عدمه، والشراء أبان الزراعة وثمنه كثمن ما يراد لها كشرطها.

ابن حبيب: ولو زارع به أحدًا فنبت شعير صاحبه دونه فإن دلس، تبعه صاحبه بنصف مكيله من شعير سليم ونصف كراء الأرض التي أبطل عليه، وإن لم يدلس تبعه بنصف قيمة العيب والزرع فيهما بينهما.

وقاله أصبغ: وقال ابن سَحنون: نحوه إلا الكراء لم يذكره، وزاد إن لم يدلس دفع لصاحبه نصف زريعته سالمة، ودفع له شريكه مثل نصف زريعته التي لم تنبت وهذا إن زال إبان الزراعة ولو كان فيه وقد دلس، غرم قدره سليمًا يزرع في مكانه وإن لم يغره فخلفه عليهما معًا إن شاء، وسمع عيسى ابن القاسم لا يحل تتريب وجوه الفراء لتحسينها ربما عيب بعض عيوبها ولو علم المشتري ذلك وله ردها إن لم يعلمه.

ابن رُشْد: إن فاتت قبل علمه فعليه الأقل من الثمن أو القيمة.

قُلتُ: الصواب ذلك ما لم يكن باقي الثمن بعد طرح حصة العيب أقل من قيمتها معيبة، وإلا كان الغاش أحسن حالًا من غيره إلا أن يكون فيها لم يعلم به عيب.

ابن حبيب عن أصبغ: وجود أحد جانبي الشقة أطول بذراع أو أعرض به إن بيعت على ذرع مسمى ينقص طولها أو عرضها عيب، وإن لم يبع عليه فلغو ما لم يتفاوت بحيث يفسد الثوب إن قطع قميصًا فيكون عيبًا، وليس بعيب في ملحفة أو إزار، قاس المشتري جانبها الطويل أو العريض فظن الآخر كذلك أو لا.

أصبغ: كون بنائق الثوب أدنى من فوقه وكميه ومقعدة السراويل أدنى من سائره لغو إن تقارب وعيب إن تباعد.

ابن حبيب: كون الجبة أو الساج مقلوبًا عيب ولبس الثوب أسمر قبل تقصيره وإخراج هدب له بعد أن بليت.

وقص صوف الفرو من الكبش لإيهام أنه من خراف أو تندية الفرو ليمد فإذا لبس قصر قصرًا بينًا وجعل رقعة مصوفة على رقعة غيرها وجعل جلد حسن لا صوف له على مصوفة لا وجه لها عيب، ولو في رقعة واحدة في فرو له قدر إلا في يسير جدًا كالثقب ونحوه، ولا بأس بسود الجلود في حاضرة الفرو أو كمه؛ لأنه يرى.

ابن عبد السلام: حكى جماعة من أصحابنا في المجالس كثرة القمل في الثوب عيب.

قُلتُ: لعله في الرفيع.

ابن عات: الغفائر العسلية صبغها بالسواد عيب، والسرير المبقق عيب، ولو أزيل بقه قبل بيعه ولم يؤمن، وفي إيجاب مطلق العيب المؤثر في الثمن حكم الرد ولو في الدور.

وتخصيصه بغير يسيره في الدور وغيرها. ثالثها في غيرها فقط للباجي عن بعض الأندلسيين، وابن سهل عن نقل الكتاب الجامع أقوال مالك، المؤلف لأمير المؤمنين الحكم بن عبد الرحمن رواية زياد من وجد في ثوب ابتاعه يسير خرق تخرج في القطع ونحوه من العيوب لم يرد، ووضع قدر العيب، وكذا في كل الأشياء مع نقله عن المختصر الكبير لا يرد إلا لعيب كثير تخاف عاقبته، وعياض عن ابن رزق: متأولًا عليه مسائل المدَوَّنة وغيرها محتجًا له بمتقدم قولها في الكي، ونقل الأكثر عن المذهب وعليه قال المتيطي عن الشَّيخ وعبد الحق عن بعض شُيُوخه: عيوب الدور ثلاثة: يسير لا ينقص من الثمن لغو، وخطير يستغرق معظمه أو يخشى منه سقوط حائط يثبت له الرد، ومتوسط يرجع بمنابه من الثمن كصدع يسير بحائط.

وفي حد الكثير بثلث الثمن أو ربعه. ثالثها: ما قيمته عشرة مثاقيل، ورابعها: عشرة من مائة، وخامسها لا حد لما به الرد، إلا بما أضر لابن عبد الرحمن وعياض عن ابن عتاب وعن ابن العطار وابن رُشْد، ونقل عياض.

وفيها: إن وجد بالدار صدع يخاف منه سقوطها فله الرد وإلا فلا وتعقب عبد الحق اختصار أبي سعيد يخاف منه سقوط الجدار؛ لأن لفظها: يخاف منه سقوطها.

قُلتُ: اختصرها الشَّيخ على لفظها خلاف ما تقدم للمتيطي عنه وعبد الحق عن بعض شُيُوخه: ويؤكد التعقب قول ابن عبد الرحمن قول محمد إن لم يخف على الدار من الصدع الهدم غرم البائع ما نقص من ثمنها تفسير لها، ولو خيف من صدع الحائط هدمه، ففي رد الدار به، ثالثها إن كان ينقص الدار كثيرًا لعياض عن عبد الحق مع ابن سهل وعياض عن ظاهرها مع اللخمي محتجًا بقياسه على استحقاقه ومتقدم قول محمد، ونقل عياض محتجًا له بقوله: ولو كان الحائط يلي المحجة ولا تمكن السكنى دون بنائه أو الذي يتعلق به بناء الدار فيلزم تدعيم ما عليه، وتلزم فيه نفقة كثيرة اتضح

الرد به ونحوه لابن عتاب، ورد قياس اللخمي على الاستحقاق باضطرار هذا لنفقة وإصلاح.

قُلتُ: أشار بنحوه عن ابن عتاب لقوله في طي بئر تهيأ للسقوط بتعفن مائدته هو عيب، رد اللخمي: إن كان الحائط يلي دار البائع رد له ورجع المبتاع عليه بما بين قيمتها به وقيمتها دونه على أنه سترة لبائعها قال: وما كان عيبًا شاملًا رد به ولو قل ما ينوبه كاستحقاق ماجلها أو مطمر أو سقوفها أو قناة تشقها.

زاد عياض: وكغور ماء بئرها وفساد مطمر مرحاضها أو زعاق ماء بئرها في البلاد التي ماء آبارها حلو أو خلل أساس حيطانها.

[باب الغش والتدليس]

والغش: التدليس؛ إبداء البائع ما يوهم كمالًا في مبيعه كاذبًا أو كتم عيبه[1]، يحرم إجماعًا كبيرةً لحديث مسلم عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ مر على صبرة طعام فأدخل يده فنالت أصابعه بللًا فقال: ما هذا يا صاحب الطعام؟ قال: أصابته السماء يا رسول

---

(1) قال الرَّصاع: قوله: (إبداء البائع) بمعنى إظهار البائع وذلك كما لو باع غلامًا في ثوبه أثر مداد وبيده قلم ودواة وذلك يوهم كمالا في العقل، فإن ثبت أنه أمي فقد غشه بذلك وهذا من التغرير الفعلي وهو من الغش كما نذكره بعد وانظر هذا الرسم في التدليس مع رسمه في الغش في باب المرابحة وتأمل النسبة بين التدليس والغش هناك وظاهره هنا الترادف وتأمل ما سر تعبيره هنا بما رأيت وفي المرابحة عبر عن الغش بما تقف عليه.

قال الشَّيخ: بعد والتغرير الفعلي.

قال ابن شاس: هو أن يفعل بالمبيع فعلا يظن به المشتري كمالا فلا يوجد زاد ابن الحاجب كتلطيخ الثوب بالمداد.

قال الشَّيخ: بشرط أن يعلم أن البائع فعله ثم ذكر تصوير المازري، قال عنه: كمن باع غلامًا في ثوبه أثر المداد وبيده الدواة والقلم فإذا به أمي وبعد هذا قال الشَّيخ: وتصوير المازري أبين يعني من كلام ابن شاس ومن تبعه؛ لأن الشَّيخ: قال في معنى كلامهما هذا إن ثبت أن البائع فعله أو أمر به لاحتمال فعله العبد دون إذن سيده لكراهية بقائه في ملكه وكلام المازري لا يحوج إلى ذلك التقييد وهو ظاهر والله الموفق.

الله، قال: أفلا جعلته فوق الطعام حتى يراه الناس! «**من غشنا فليس منا**»[1]، ولا يجب فسخ بيعه لحديث المصراة اتفاقًا وتوهم تخريج شاذ نقل ابن شعبان وجوبه فيما اطلع على أنه مغصوب رده المازري بأن الغصب لو علم به في العقد أفسده بخلاف الغش ورد تخريجه على قول القرويين وابن الجهم يفسخ بيع النجش، والحق فيه لآدمي؛ بأنه عندهما لدلالة النهي على الفساد، وشرطها عدم النص بلغو دلالته وقوله ﷺ: «**فهو بخير النظرين**» في حديث المصراة نص في لغوها.

ابن حبيب عن الأخوين: يعاقب من غش بسجن وضرب أو إخراجه من سوقه إن اعتاده.

ابن رُشْد: في إخراجه من السوق بشرط اعتياده إياه أو دونه نقل ابن حبيب وسماع ابن القاسم في كتاب السلطان، وعليه يصح رده بعد مدة يرجى فيها أنه قد تاب وإن لم تظهر توبته، وعلى الأول لا يرد حتى تظهر.

قال بعض أهل النظر: إنما يؤدب بالإخراج حيث لا يمكن أن يرجع إليه، دون أن يعرف وإلا لم يؤدب إلا بالضرب.

قال ابن حبيب: ولا يتلف متاعه إلا ما خف كلبن غشه بماء أو يسير الخبز الناقص، يتصدق به مع تأديبه بما ذكر وما كثر لا يرد له ويباع ممن لا يغش به، وقاله أصحاب مالك، وسمع ابن القاسم لا يحرق الزعفران المغشوش ولا يراق اللبن المغشوش ويتصدق بذلك على من غشه وكذا المسك، وقاله ابن القاسم فيما قل.

ابن رُشْد: لا يتصدق به على من لم يغشه إنما اشتراه أو ورثه، وسمع القرينان في جامع البيوع أحب إلى أن لا يخلط لبن البقر والغنم لإخراج زبدهما بضربهما معًا إن خلطا لم يبع لبنهما ولا زبدهما إلا ببيان.

ابن رُشْد قوله: أحب إليَّ على الوجوب وإن بين؛ لأنه غش.

وقال ابن القاسم في رسم الجواب: وروى محمد: يعاقب من خلط طعامًا بطعام دونه أو قمحًا بشعير، ويمنع من بيعه على ظاهر ما في الموَّازيَّة من أجل الذريعة إن باع

(1) أخرجه مسلم: رقم (101) في الإيمان، باب قول النبي ﷺ: من غشنا فليس منا.

وبين مضى ولا رد للمبتاع وقد أساء فليس في قوله: أرى أن يبين إذا باع دليل على إباحته؛ بل معناه لزومه للمبتاع إن بين له؟ ويلزمه أن يبين قدر كل منهما إن علمه وإلا أخبر باختلاطهما وروى محمد كراهة من خلط قمحًا بشعير لقوته وفضل له منه فضل أن يبيعه وإن قل ثمنه، وخففه ابن القاسم إن لم يتعمد خلطه للبيع، وقاله الأخوان وإنما يرد المبتاع اللبن المخلوط والزبد والسمن إذا لم يكن غالب البلد أدناهما.

وسمع عيسى ابن القاسم في كتاب السلطان لا يحل خلط الزيت برديئه، وكذا السمن والقمح، ولو كان يريد أن يبين إذا باع ولا أدري كيف سألت عن هذا. قال لي مالك مرة في شيء سألته عنه أنت حتى الساعة هنا تسأل عن هذا؟

ابن رُشْد: ينبغي للإمام أن يضرب فاعله، وللمشتري رده ولو بين له أنه مخلوط إلا أن يبين له قدر جيده من رديئه وصفتهما قبل خلطهما فلا يرد عليه وباء بالإثم في خلطه إذ قد يغش به غيره، ويجوز بيعه ممن يعلم أنه لا يغش به إلا على اختلاف ضعيف ويكره ممن لا يأمن أن يغش به، وممن لا يدري ما يصنع به، أجازه ابن وَهْب وجماعة من السلف ولم يجزه ابن القاسم، وهذا فيما لا يمكن امتيازه بعد خلطه كالزيت والسمن والعسل وما يمكن امتيازه كالقمح والشعير أو السمن والعسل أو الغلث، والطعام إن كان أحد الصنفين يسيرًا جدًّا تبعًا للآخر جاز بيعه دون بيان؛ لأن المشتري يراه وإن لم يكن تبعًا فإن أمكن تميزه كالغلث في الطعام والسمين في اللحم مع مهزوله لم يجز بيع كثيرة حتى يميز أو يجوز بيع قليله دون تمييزه قاله ابن القاسم في السمين والمهزول مخلوطين لا بأس ببيعهما إن قلت الأرطال كالخمسة والستة وما كثر كالعشرين لا خير فيه حتى يعرف وزن كل منهما. وإن لم يمكن تميزه كالسمن من العسل والقمح من الشعير والماء من اللبن والعسل ففي جواز بيعه ببيانه ممن لا يغش به ومنعه، ثالثها إن خلطه للأكل لا البيع، ورابعها: هذا إن كان يسيرًا لقولة ابن حبيب في اللبن والعسل المغشوشين، وروايته مع محمد من خلط قمحًا بشعير لقوته يكره بيع ما فضل منه، وابن القاسم في الموَّازيَّة والأخويين، وقيد ابن رُشْد الثاني بقوله: إلا أن يبين قدر الشعير من القمح، وسمع القرينان لا بأس ببيع الصبرة طعام أو تمر وفيها حشف بداخلها أو على وجهها ما لم يزين أعلاها فيكون داخلها بخلاف خارجها، قيل: إن كان الحشف

بداخلها وخارجها فأزال ما بخارجها عنها. قال: لا يعجبني.

زاد محمد: هذا تزيين.

ابن رُشْد: لأنه إذا نقى ظاهرها ظن المشتري أن باطنها كذلك وإن لم ينقه فلا حجة للمشتري؛ لأنه يستدل بظاهرها على باطنها. وسمع ابن القاسم نفخ الجزارين اللحم وهو يغير طعمه، أكرهه. أشهب عن مالك يؤدبون ويمنعون: ابن رُشْد: هو نفخه بعد السلخ يمنع لتغييره طعمه ولأنه غش قلت: جعل أصحاب القلانس مع القطن صوفًا أو خلطه به غش، والقمح المغلوث الكثير التبن غربلته حق يؤخذ الناس به.

ابن رُشْد: من وجد قلنسوة حشوها قطن بال له ردها إلا أن تكون من التي يعرف فيها أنها لا تحشى إلا بالبالي كسماح أشهب من ابتاع قلنسوة سوداء فوجدها من ثوب لبيس لا رد له يريد إلا أن يكون ما صنعت منه منهوكًا جدًّا أو معفونًا.

وغربلة القمح من التبن والغلث للبيع واجب إن كان تبنه وغلثه أكثر من الثلث؛ لأن بيعه كذلك غرر ويستحب إن كانا يسيرين.

قُلتُ: ظاهره لا يجب في الثلث والظاهر وجوبه فيه، وفيما قاربه مما ليس يسيرا وهو ظاهر قسمها فيه قال مالك: يغربل القمح للبيع وهو الحق الذي لا شك فيه، ومحمل قول نذورها لا تغربل الحنطة في الكفارة على اليسير وسمع ابن القاسم: لا خير في خمر تعمل من القز وترش بخبز مبلول لتشتد وتصفق وهو غش.

ابن رُشْد: لظن مشتريها أن شدتها من صفاقتها فإن كان مشتريها علم أن شدتها من ذلك فلا كلام له، وإلا فله ردها فإن فاتت ففيها الأقل من قيمتها وثمنها، وهذا كقول ابن حبيب: ما يصنعه حاكة الديباج من تصفيقها غش؛ لأنه وإن علمه المشتري فقد يخفى عليه قدر ما أحدث فيه من الشدة والتصفيق.

وسمع القرينان فيمن يشتري المتاع فيه الخلل والسقط، فيكمده حتى يصفق ويشتد كل خلله وسقطه لا خير في الغش.

قُلتُ: قدم واستمر حال بائعي سلل التين، وحمولات العنب على جعل أطيبها أعلاها ثم ما يليه أدنى منه وأطيب مما تحته وعلم المتبايعون ذلك، وهو خفيف ولا

مقال لمبتاعه إلا أن يكثر خلاف الأسفل لما فوقه فيكون معيبًا.

ابن شاس: والتغرير الفعلي هو أن يفعل في المبيع فعلًا يظن به المشتري كمالًا فلا يوجد.

زاد ابن الحاجب: كتلطيخ الثوب بالمداد.

قُلتُ: هذا إن ثبت أن البائع مع فعله أو أمر به لاحتمال فعله العبد دون علم سيده لكراهة بقائه في ملكه وتصويره المازري أبين، قال: كما لو باع غلامًا في ثوبه أثر المداد وبيده الدواة والقلم فإذا به أمي قلت. ومنه قولها في البيوع الفاسدة: من ابتاع ثيابًا، فرقم عليها أكثر مما ابتاعها به، وباعها برقمها، ولم يقل قامت علي بكذا، شدد مالك كراهة فعله، واتقى فيه وجه الخلابة.

ابن أبي زمنين: إن وقع خير فيه مبتاعه وإن فات رد لقيمته وقاله عبد الملك الصقلي عن ابن أخي هشام: يخير في قيامها وفي فوتها الأقل من قيمتها أو ثمنها.

ابن شاس: والأصل في اعتباره قوله ﷺ: **«لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين إن رضيها، أمسكها وإن سخطها ردها، وصاعًا من تمر»**[1].

قلت: الحديث متفق عليه.

وفيها: من ابتاع شاة غير مصراة الرغبة فيها للبن في إبان الحلاب ولم يذكر البائع ما تحلب، فإن جهله فلا رد لمبتاعها وإلا فله ردها كصبرة يعلم كيلها فكتمه، وكذا ما تنوفس فيه للبن من بقر وإبل، ولو باعها في غير إبان حلابها فلم يرضها مبتاعها حين حلبها فلا رد له. الصقلي وغيره لمحمد عن أشهب: له ردها إن كتمه البائع وقاله محمد إن كانت إنما تراد للبن.

وفيها: إن ابتاعها في الإبان على أن تحلب قسطين جاز، فإن وجدها تحلب قسطًا فله الرد وهي أقوى في الرد من المصراة.

اللخمي: يختلف الجواب فيما يحلب إن اشتراها على إن كانت كذلك فحلابها

---

(1) أخرجه البخاري: 4/309 في البيوع، باب إن شاء رد المصراة وفي حلبتها صاع من تمر، ومسلم: رقم (1524) في البيوع: باب حكم بيع المصراة.

لبائعها، ولو تمسك بها مبتاعها، وإن كان على تصديقه فهو لمبتاعها ولو ردها.

ابن زرقون: في رد صاع معها كالمصراة وردها دون شيء قولا أبي الفرج وغيره.

قُلتُ: لم يحك ابن محرز غير الأول والصقلي غير الثاني كأنه المذهب.

قُلتُ: في قوله: أقوى نظر؛ لأن حكم المصراة ثبت بالنص على عينه وحكم المشترط حلابها بعموم **«المسلمون على شروطهم»**، وحكم المعين أقوى لامتناع عروض إخراجه بالتخصيص واحتماله فيما دل عليه عام يجاب بأنه أقوى باعتبار حجة المبتاع في تعلق غرضه بما فات لدلالته بالنص على عينه ودلالته عليه في المصراة بعموم تعلق غرضه بكل كمالاتها ودلالة المعين أقوى من العام كما قرر في السؤال، وبالحلبة الثانية ناقصة عن لبن التصرية له ردها اتفاقًا، فإن حلبها ثالثة ففيها قال: إن جاء من ذلك ما يعلم أنه حلبها بعد ما تقدم من حلابها ما فيه خبرة فلا رد له.

اللخمي: عن محمد: لا رد له، وفي الموَّازية: له ردها وهو أحسن لحديث البخاري، ومسلم **«فهو بالخيار ثلاثة أيام»**، وذكرها المازري رواية، ولما ذكر الصقلي قول محمد قال: قال عيسى بن دينار إن نقص لبنها في الثانية فظن نقصه من سوء الموضع ونحوه ثم حلبها الثالثة فبان أنها مصراة فله ردها بعد حلفه ما رضيها.

الصقلي: القولان راجعان لما في المدَوَّنة، وحمل ابن زرقون الخلاف على ظاهره كالمازري واللخمي قال: فإن علم مشتريها أنها مصراة قبل أن يحلبها فله ردها قبل حلابها، وإمساكها ليختبرها لحلابها، وهل نقص تصريتها يسير أم لا؟ وكذا إن علم بعد حلابها ما صريت به له ردها وإمساكها حتى يحلبها ويعلم عادتها.

قُلتُ: يجب أن لا يردها بعد إمساكها لما ذكر إلا بعد حلفه أنه ما أمسكها إلا لذلك إلا أن يشهد بذلك قبل إمساكها قال: وإن اشتراها عالمًا أنها مصراة فلا رد له إلا أن يجدها دون معتاد مثلها، وإذا رد للتصرية ففي لغو لبنها ورد صاع بدله سماع القرينين والمشهور بناء على نسخ حديث المصراة بحديث: **«الخراج بالضمان»**، وتخصيصه به.

الباجي: لأن حديث المصراة أصح.

قُلتُ: ضعف حديث الخراج غير واحد، وعلى المشهور في تحتم رد صاع غيره وجواز رد عين اللبن إن تراضيا. ثالثها: ولم يغب على اللبن، ورابعها: إن حلبها بفور شرائها تعين الرد للمشهور مع المازري عنها، وابن رُشْد مع غيره عن سَحنون وابن رُشْد عن ابن وضاح واللخمي عن فهمه المذهب وفي كون الصاع من غالب عيش البلد أو التمر، ثالثها يرد مكيلة اللبن تمرًا أو قيمته للباجي عن المذهب، وابن رُشْد عن إلزام ابن لبابة منع أخذ لبنها مع قول مالك فيها في حديث: **«وصاعًا من تمر»**، وهذا حديث متبع ليس لأحد فيه رأي، والباجي عن رواية زياد.

ابن زرقون: إذا وجب رد صاع التمر فكان يساوي قيمة الشاة أو أكثر فأوجب بعض الشافعيَّة رد الصاع ولم يوجبه بعضهم. قال بعض أصحابنا: الأول أظهر، ولو ردها بعيب غير التصرية لرضاه بها ففي رد الصاع معها وسقوطه قولان لابن زرقون عن ابن مزين، وبعض المتأخرين تخريجًا على قول ابن القاسم؛ لأنه إذا رضي بتصرتها فكأنها غير مصراة، والخراج بالضمان، ورده ابن زرقون بأن لبن المصراة كعضو منها لوجوده حين العقد وعزا عبد الحق الثاني لرواية أشهب واللخمي لمحمد، واختار الرد ولم يحكه.

وفيها: المصراة من جميع الأنعام سواء.

الباجي عن ابن القاسم: الشاة والبقرة والبعير سواء لا يرد إلا صاعًا، ولو تعددت المصراة في عقد واحد، فقال الباجي: قال بعض شُيُوخنا الأندلسيين: يرد لجميعها صاعًا واحدًا.

الباجي: لو قيل يرد مع كل واحدة صاعًا رأيت له وجهًا.

ابن زرقون: الأول قول أحمد بن خالد وحكاه ابن العطار على أنه المذهب قال: وقيل عن كل شاة صاع وليس عليه العمل.

وقال ابن الكاتب: لكل شاة صاع ومثله من قال: أنا أنحر ولدي هؤلاء قيل تجزئه هدي واحد، وقيل لكل واحد هدي.

ابن لبابة: إن كانت المصراة عددًا لم يرد شيئًا.

وقال ابن وضاح: إنما يرد الصاع في الشاة الواحدة والقليل وإن كثرت لم يرد شيئًا.

ابن زرقون: فالحاصل أربعة أقول:

المازري: لو كانت التصرية في غير الأنعام كالحمر والآدميات فللمبتاع مقال بأن زيادة لبنها يزيد في ثمنها لتغذية ولدها قاله الشافعيَّة ويجب تسليمه.

ابن زرقون عن الخطابي: التصرية في الآدميات كالأنعام، وقال بعض القرويين من أصحابنا لا ترد الأمة لذلك.

ابن محرز قال: لو اشترى شاة مصراة وسافر قبل حلابها فحلبها أهله زمانًا فقدم فعلم تصريتها فله ردها، ويرد الصاع فقط وغيره خراج بالضمان.

[باب البراءة]

البراءة: ترك القيام بعيب قديم(1).

---

(1) قال الرَّصاع: قول الشَّيخ ﷺ ترك مصدر يناسب براءة المشتري واحترز بقديم من الحادث وقوله: (القيام بعيب) أخرج به القيام لا بعيب كترك الدين وغيره، فإنه يصدق عليه إبراء عرفا لا براءة عرفية قوله: (قديم) أخرج به ترك القيام بالعيب الحادث، فإنه لا قيام له وليس براءة معهودة شرعية.

(فإن قلت): يصدق حد الشَّيخ: على من باع عبدا ثم اطلع المشتري على عيب قديم ثم تركه فمقتضاه أنه يقال في ذلك بيع براءة وليس كذلك؛ لأن بيع البراءة إنما هو ترك القيام في أصل البيع.

(قُلتُ): يجاب عن ذلك بأن أصل الكلام بيع البراءة ثم حد البراءة ويعلم من ذلك تعريف بيع البراءة الذي اشتمل على ترك القيام بالعيب القديم وفيه بحث لا يخفى وقد رأيت بخط بعض المشايخ من تلامذته ﷺ أنه قال أورد على الشَّيخ: أن البراءة شرط ترك القيام لا ترك القيام وإلا لزم أنه إذا لم يشترط البائع على المشتري أن لا يكون للمشتري قيام أن يكون ذلك بيع براءة وليس الأمر كذلك وأجاب الشَّيخ ﷺ بما نقل عنه في نص الناقل بأنه لا يفتقر لزيادة شرط؛ لأن معنى الكلام ملزوم ترك القيام وملزومه هو الشرط فهو يدل عليه باللزوم فلا يفتقر إلى التصريح به هذا لفظه فتأمل جوابه، فإن فيه عناية ظاهرة، وقول الشَّيخ القديم يدل على معرفته وهو يحتاج إلى بيان والله الموفق.

(فإن قلت): الواقع في ألفاظ الفقهاء وفيها بيع البراءة وهو صادق على عقدة من بائع ولم يعلم بعيب في مبيعه يقتضي عدم قيام المشتري بعيب بشرط أو عرف وإذا صح ذلك فلم يعرف الشَّيخ ما وقع في كتب الفقهاء فحقه أن يقول بيع البراءة بيع ترك فيه القيام بالعيب القديم.

(قُلتُ): هذا صحيح ولقائل أن يقول أنه عرف البراءة من العيب في بيع البراءة، وإذا صح ذلك علم بيع البراءة.

=

فيها: وفي عدد أقوالها اضطراب.

ابن زرقون: في اعتبارها في كل شيء، ثالثها: في الرقيق، ورابعها: وفي الحيوان لراية الأخوين والقاضي، والمشهور والموطأ، وعزا المتيطي الأول لأشهب وابن كنانة وابن حبيب وابن وَهْب مع الرواية ا لمذكورة.

وقال ابن رُشْد: في رسم مساجد القبائل من سماع ابن القاسم من جامع البيوع: لم يختلف قول مالك: أنها لغو في العروض، وقال المتيطي عن الباجي: أن الثاني غير معروف في المذهب.

قال المتيطي: وبالثالث العمل والفتيا وعليه جمهور أصحاب مالك.

الباجي والصقلي: لمحمد عن أشهب بيع البراءة في الحيوان غير الرقيق لا أفسخه وأفسخه في العروض إلا أن يطول.

عياض: له ولأصحابه فيها عشرة أقوال له منها تسعة منها في الكتاب ست.

الأول: القديم ورواية ابن القاسم وأشهب أنها جائزة في الرقيق بالشرط في كل عيب لم يعلمه البائع ولو كثر، وفي بيع السلطان في كل شيء، وإن لم يشترط، وبيع الميراث إن علم المبتاع أنه بيع ميراث وهو بين في الكتاب.

الثاني: في الرقيق فقط في بيع التفليس فقط لنص الموَّازيَّة معها.

الثالث: في الحيوان والرقيق، للموطأ الواضحة، وأحد قولي الموَّازية.

الرابع: لا تنفع البراءة في الحيوان والثياب إلا في التافه غير المضر، ونحوه في العتبية، وحمل عليه قول المغيرة لا تنفع البراءة من عيب جاوز الثلث ونحوه قولها: لا تنفع إلا في عيب خفيف.

الخامس: في الحيوان العروض وكل شيء.

(فإن قلت): اختلف العلماء في أعمال البراءة مطلقًا أو مقيدًا اختلافًا شديدًا فأي قول يتناوله الرسم.

(قُلتُ): الرسم صادق على كل قول يليق به.

(فإن قلت): السنة في بيع البراءة عمومها في كل عيب كما قاله ابن أبي زَمَنَيْن فيناسب أن يقال في الرسم: ترك القيام بكل عيب.

(قُلتُ): لا يحتاج إلى ذلك بل ذلك يعم والله أعلم.

السادس: فيما طالت إقامته عند بائعه، واختبره لا في غيره، للواضحة والمَوَّازِيَّة مثل قولها: لا تنفع الجالب الذي يأتيه الرقيق، وظاهر الروايات إلغاء الطول.

زاد عبد الملك في ذلك بيع العبد الغائب على الصفة وما وهب للثواب.

السابع: قولها: رجع مالك أنها لا تنفع في الرقيق يريد ولا في غيره، ولو في بيع السلطان عليه تأوله اللخمي ويدل عليه قولها: من اشترى عبدًا من مال مفلس فأصاب به عيبًا رده على الغرماء، وأول جماعة مسألة المفلس أنه كان علم بالعيب، وقال الشَّيخ وابن الكاتب لم يختلف قوله: أن بيع السلطان بيع براءة.

الثامن: إنما تنفع في بيع السلطان والميراث لا فيما يشترط فيه وهو قولها عند مالك إلا في الرقيق من الميراث، وبيع السلطان.

التاسع: قولها: لا تنفع إلا في الرقيق، كانوا أهل ميراث أو غيرهم، فظاهره لا يكون إلا بشرط؛ لأن لا تنفع إنما يستعمل فيما قصد وما يوجبه الحكم إنما يقال فيه يكون أو يصح.

العاشر: قول ابن حبيب لا تنفع فيما بيع طوعًا إلا في الرقيق، وفيما باعه السلطان مطلقًا في كل شيء من حيوان وعروض وقاله الأخوان وأصبغ، وعلى اعتبار بيع الميراث، ففي كونه ما بيع منه لقضاء دين فقط أو ولما بيع لقسم الورثة قولان: للباجي وعياض عن غيره.

والبراءة في ذكور الرقيق لا يفتقر لقيد، وفي إناثه.

قال المتيطي: الصواب بيان كون الأمة من الوخش إن كانت منه والعلية إن كانت مستبرأة جاز بيعها على البراءة، يقول في كتب بيعها مستبرأة في عظم دمها، وإن لم تكن مستبرأة فلا بد من مواضعتها ولا تجوز فيها البراءة من الحمل، وفي جواز بيعها بالبراءة من سائر العيوب غيره قولا مالك وابن القاسم ووجهه ابن أبي زَمَنَيْن بأن السنة في بيع البراءة عمومها في كل عيب فتخصيصها بغير الحمل يخرجها عن وجه الرخصة فيها، وقواه بعض الموثقين برواية ابن نافع بيع عبد بالبراءة من عهدة السنة دون عهدة الثلاث غير حسن؛ لأنه بيع غير براءة، ولا تمسك بعهدة تامة.

ابن أبي زمنين: بالأول عمل كثير من الفقهاء وأرى أن يستأنى إلى خروجها من

العهدة ثم ينفذ فيها بيع البراءة ولا يرد في بيع البراءة بما ظهر من عيب قديم إلا ببينة أن البائع كان عالمًا به فإن لم تكن ففي وجوب حلفه ما كان عالمًا به، وإن لم يدع المبتاع علمه، أو إن ادعاه رواية ابن حبيب مع نقله عن أصحاب مالك ورواية محمد ويحيي عن ابن القاسم.

المتيطي: الأول المشهور وحيث تجب في كونه على البت في الظاهر والعلم في الخفي أو على العلم مطلقًا، قولا ابن العطار وابن الفخار متعقبًا قوله بأنه إنما يرد في البراءة بما علم ولو نكل البائع ففي وجوب الرد عليه دون حلف المبتاع أو بعد حلفه على العلم، رواية أشهب مع رواية محمد وسماع يحيي ابن القاسم.

قُلتُ: ما ذكره عن ابن الفخار هو نص سماع يحيي بن القاسم.

ابن رُشْد: اتفاقًا، ولو كان العيب ظاهرًا لا يشك أن البائع يعلمه لم تنفع فيه براءة روى زياد من باع عبدًا بالبراءة فوجد مقعدًا أو أعور أو مقطوع اليد ونحوه لم تنفعه براءة، وسمعه أَصْبَغ من ابن القاسم، ومعناه: فيما بيع على صفة وهو في الحاضر عيب ظاهر لا يرد به.

الباجي: ويحلف على ذلك من ورثته من يظن به علم ذلك من صغار الورثة ثم يكبر في الظاهر والخفي رواه ابن حبيب عن الأخوين وأَصْبَغ قائلًا: هو قول مالك، وهذا إن كان صغيرًا يعلم ذلك عند التبايع، ومقتضى رواية ابن القاسم في اليمين على العلم سقوطها عن الصغير والغائب ولعله فيمن لا يفهم الأمر عند وقوعه لصغره وأوجب عبد الله بن عوف اليمين عليهما ويقول لعلهما تيقنا ذلك كحلفهما مع شاهد لهما.

قُلتُ: تيقنهما فيما لهما أقرب لبحثهما عنه، بخلاف ما لا نفع لهما فيه.

المتيطي: ولو ظهر عيب يمكن قدمه وحدوثه ففي حلف البائع ما علمه سماع يحيي ابن القاسم وقول ابن حبيب مع رواية عن مالك وأصحابه، وعلى حلفه إن نكل ففي رده عليه بنكوله أو حتى يحلف المبتاع سماع يحيي، وقول اللخمي، وعزا ابن رُشْد الأول لرواية محمد وابن حبيب ولم يعز الثاني لأحد، ولو شرط للبائع بالبراءة سقوط اليمين عنه، ثم ظهر عيب قديم ففي الوفاء بشرطه مطلقًا أو إن كان غير متهم قولان

للمتيطي عن ابن الهندي مع ابن لبابة وابن زَرْب وسماع القرينين وبعض الموثقين وخرجها ابن زَرْب على من باع بثمن إلى أجل وشرط سقوط اليمين في دعوى القضاء.

قُلتُ: لابن رُشْد في سماع القرينين في الوفاء بشرطه مطلقًا أو في المأمون والوصي والوكيل سماع القرينين وسماع ابن القاسم وخرجهما شُيُوخنا على شرط التصديق في الاقتضاء فيأتي في أعماله.

ثالثها الثاني والصواب عدم التخريج؛ لأن مسألة البراءة كمن أسقط حقًا بعد وجوبه، وقبل العلم به، وشرط التصديق في الاقتضاء، كمن أسقط شيئًا قبل وجوبه وقبل العلم به وشرط التصديق في الاقتضاء كمن أسقط شيئًا قبل وجوبه في أعماله اختلاف.

المتيطي: ومنع بعضهم اشتراطه؛ لأنه داعية إلى التدليس.

ابن شاس: لو ظن المبتاع في بيع السلطان أنه بيع غيره ففي خياره في رده خوف البراءة ولزومها قولان.

قُلتُ: روى اللخمي: إن جهل المشتري أنه بيع ميراث أو سلطان فله العهدة إلا أن يشعل لذلك فيخير المشتري إن شاء أخذ بالبراءة أو رد، وأرى له العهدة.

الباجي: على قصر البراءة على بيع السلطان والميراث إن باع أحد بأمره ولم يذكر أنه بيع مغنم ولا مفلس ولا ميراث، فلابن حبيب عن أصبغ: هو على البراءة، وروى محمد: هو على البراءة إلا أن لا يعلم المشتري ذلك، وأما بيع الوصي أو الورثة فلا يحمل على البراءة إلا بعلم المبتاع أنه بيع براءة؛ لأن بيع السلطان لا يكاد يخفى بخلاف بيع الوصي.

الباجي: من باع على البراءة ولم يذكر الميراث ثم علم أنه بيع ميراث فروى ابن القاسم في المدَوَّنة أنه لازم؛ لأنها صادفت محلها مع قوله لا تكون البراءة في بيع الرجل في خاصة نفسه، وفي التهذيب إن باع السلطان عبد مفلس كان أعتقه فوجد مبتاعه به عيبًا قديمًا بعد قسم ثمنه بين غرمائه لم يرد؛ لأنه بيع براءة إلا أن يعلم أن المفلس كتمه فيرد ويؤخذ ثمنه من الغرماء فيباع بالبراءة من العيب إن نقص ثمنهم عن حقهم اتبعوه، ولو كان الآن مليًا غرم ثمنه من ماله، ولم يتبع الغرماء بشيء وكان العبد حرًا؛

لأن البيع الأول لم يتم حين رده بالعيب.

الصقلي عن محمد عن أشهب: إنما يرد ببينته على علم المفلس به وإن لم يعلم إلا بقوله لم يرد فإن رده مبتاعه فلا شيء له على الغرماء.

وقال ابن أبي زَمَنَيْن عن أشهب: لا عتق للعبد. قال: فناقضا أصليهما في قوليهما بالمواضعة ونفيها في قول استبرائها من رد أمة رائعة بعيب.

قُلتُ: يفرق لابن القاسم بالاحتياط ولأشهب بأن ذلك فيما باعه لنفسه، بخلاف بيع السلطان؛ لأنه كحكم لا ينقض، ولفظها فيها: من اشترى عبدًا من مال مفلس فأصاب به عيبًا، فله رده على الغرماء الذين بيع لهم وأخذوا ثمنه فأخذ منه اللخمي أن بيع السلطان غير بيع براءة، وقال غيره معناه: إن المفلس علم العيب.

وفيها: لو حدث به عيب عند مبتاعه فله رده، والتماسك به ويرجع بقيمة العيب.

الصقلي: قال جماعة من أصحابنا: إن رده وما نقصه فما نقصه لسيده؛ لأنه اليوم تم عتقه وظهر لي لو كان بيعه بعرض ولم يفت حتى رده بالعيب وما نقصه كان ما نقصه للعبد؛ لأنه ثمن بعضه فكما لا يجوز للمفلس ملك ما بقي منه فكذا لا يتملك ثمن نقصه؛ لأنه ثمن بعضه. ومعنى قولهم: يرده ويرد ما نقصه إذا كان الثمن عينًا أن يرد منه ما بقى بحصته من الثمن وما نقصه كسلعة ثانية فاتت عند المشتري فيرد العبد معيبًا، ويرد عليه هذا ما يقابله من الثمن ويعتق ما نقص فيه البيع وما فات عند مبتاعه لا نقض فيه كما لو تمسك بالعبد ورجع بقيمة العيب ثم ظهر لي أن نقصه لسيده، ولو كان الثمن عرضا؛ لأن ما نقصه فات عند مبتاعه، فتم فيه البيع كما لو تمسك بجميعه ورجع بقيمة العيب بقيمة ثمنه سائغًا لبائعه.

المتيطي: ما بيع على مفلس فظهر عيب كان به عالمًا بعد قسم ثمنه على غرمائه في وجوب الرد به لمبتاعه، قول أشهب مع أصل مالك المعمول به ورواية داود بن جعفر في المدنية، وعلى المشهور في رجوعه على الغرماء بكل الثمن أو قيمة العيب فقط رواية محمد ورواية المدنيَّة مع قول ابن نافع وابن القاسم، كذا نقل المسألة هو والباجي: في العيب الذي كان المفلس به عالمًا، ورأيت للمازري ما نصه: ذكر بعض المتأخرين أن بيع البراءة إذا وقع من السلطان أو أهل الميراث لقضاء دين أو إنفاذ وصيَّة واطلع

المبتاع على عيب قبل تفرقة الثمن على الغرماء فله رد المبيع، وبعد تفرقته لا رد له بخلاف ثبوت البراءة باشتراط البائع على أحد القولين فيما باعه لنفسه لا رد للمشتري ولو كان الثمن حاضرًا، وفيه نظر عندي لا فرق بين بيع السلطان وبيع الإنسان مال نفسه؛ بل ربما كان ما يجب بالحكم آكد مما يجب بالشرط؛ لكن وقع في المدنيَّة فيما باعه السلطان وثبت أنه علم بالعيب هو أو الغريم الذي بيع عليه لذلك إن للمبتاع الرد به إن لم يقسم الثمن على الغرماء وهذه التفرقة تشير إلى ما ذكره بعض المتأخرين، وحكى عن مالك وأصحابه إن العلم بالعيب حيث عقد السلطان يوجب المطالبة بالعيب.

قُلتُ: مقتضى قولها في عتق الجنين إن عتق السنة أقوى من عتق الاقتراف، أن براءة بيع السلطان أقوى من براءة اشتراط البائع، ومقتضى ما تقدم أن رد من اشترط قدرًا من الحلاب بأن نقصه أقوى من رد المصراة العكس، وفي الموَّازيَّة معها البراءة بعد تمام البيع على ترك بعض ثمنه كالبراءة في العقد فيما يصح فيه، وما تمنع فيه.

الصقلي: عن الشَّيخ قول ابن حبيب: من باع جارية بعشرة دنانير على أن وضع في عيوبها دينارًا إن وجد عيبًا ردها، ولو تم البيع ثم وضع له دينار في عيوبها، جاز بجواز البراءة فيها، وما جاز شرطه في العقد جاز أن يلحق به تناقض، وسمع القرينان: من ابتاع بيع الإسلام وعهدته لا بيع بالبراءة إلا من باع في دين عليه أو ميراث ورثه أو بيع سلطان أو شبهه من العذر.

ابن رُشْد: هو بيع غرر؛ لأنه ترك أن يكشف عن ما بالعبد الذي اشترى من العيوب ا التي يجب له بها القيام ليلزم ذلك من باع منه بيع براءة، فأضر من باع منه ونفع من ابتاع منه بمجهول لا يعلم قدره، في فسخه قولا مالك في هذا السماع ونوازل سَحنون والبراءة من عيب معين إن لم يقبل التفاوت برئ بذكره.

الباجي: كالعور وقطع اليد من الكوع وإلا لم يبع حتى يبين قدره فإن باعه دون بيانه ففي فسخه نقلا الباجي عن أشهب وابن القاسم، وقاله أشهب: في الإباق وداء الفرج والمتفاوت، فيها الدبر منه المفسد والمنقل، والإباق منه القريب كما إلى العوالي والبعيد كما إلى الشام ومصر.

ابن القاسم وكالسرقة منها سرقة الرغيف في البيت، ومنها نقب بيوت الناس،

والكي منه المتفاحش وغيره لا يبرأه منه إلا أن يخبره بشنيع الكي أو يريه إياه، وكذا عيوب الفرج إن كان منها الفاحش وغيره وكذا الرتق.

ابن حبيب إن تبرأ من دبرة عرف غورها، وما بداخلها لم يبرأ من متفاحشة إلا ببيانه وإن لم يعرفهما لم يضره ما ظهر منها كعيب البائع والمبتاع فيه سواء، قاله من كاشفته من أصحاب مالك.

الصقلي: صواب ويرد قوله في عيوب الخشب لا يبرأ منه إلا ما من أصل خلقته.

قُلتُ: ظاهر لفظها، ونقل الباجي علم البائع بحال المتفاوت وجهله به سواء.

ابن عبد الرحمن: من تبرأ من إباق ذكر قدره فأبق عند مبتاعه فهلك في إباقه ثم اطلع على أنه أبق عنده أكثر مما بين إن هلك في مثل ما بين فهو من مبتاعه.

الصقلي: يريد ويرجع عليه بما بين القيمتين وإن هلك في أكثر من ذلك أو في مثل ما دلس فيه فمن بائعه، ويرجع عليه بكل ثمنه.

الصقلي: عن غيره إن قال: أبق مرة وكان أبق مرتين فهلك بسبب الإباق رجع بقدر ما كتمه فقط، وقال غيره يرجع بجميع الثمن، وفي المَوَّازِيَّة لها لمالك: من كثر من أسماء العيوب في براءته لم يبرأ إلا من عيب يوقفه عليه، في الواضحة أو يكون ظاهرًا أو يخبره به غير بائعه.

محمد: روى أشهب: لا يبرأ من عيب علم به ولو سماه بعينه ولم يخلطه بغيره حتى يقول إنه به.

الصقلي: أرى أن يبرأ بذكره وإن لم يقل أنه به، ولابن سَحنون عنه: من قام بسقوط أضراس عبد ابتاعه فقال بائعه تبرأت إليك منها، فأكذبه مبتاعه فأتى ببينة على بيعه إياه منه بالبراءة من كل عيب، وقال لا أعرف هذه الأضراس وأردت بقولي تبرأت منها أني بعت بالبراءة من كل عيب لا تنفعه بينته، وقوله: برئت منها إقرار بأنه كان يعرفها، وله من ابتاع عبدًا قام فيه بعيب فقال: بائعه بعته بالبراءة منه ولم أعلم العيب، فأكذبه، وعجز عن البينة، فرد عليه فطلب رده على بائعه فقال له: قد أقررت أنك بعته بالبراءة، والمبتاع ظلمك في رده عليك وبراءتك من عيبه براءة لي، له رده على بائعه الأول.

وفيها: من تبرأ من عيب أمة ذكره بعد عقد بيعها، إن كان ظاهرًا خير المبتاع في

ردها وإلا لم تنفعه براءته فإن ظهر بها عيب قديم فلمبتاعها ردها ولبائعها إقامة البينة على عيب بها ليبرأ منه، محمد عن أشهب: لا تنفعه البينة إن لم يقبلها ويبرئه إلا أن يقفه السلطان على الرد والإمساك.

محمد: لو أراد ردها بمجرد إقراره دون ظهور عيب بها لم يكن له ذلك إلا ببقاء إقراره.

الصقلي: قال بعض شُيُوخ أصحابنا: يريد: ولو أقر بعد بيعه أنه دلس بإباقه فلم يصدقه مبتاعه، ثم أبق بعد ذلك فمات في إباقه فلمبتاعه أخذه بثمنه؛ لأن من أقر بمال أخذ به، وكذا فسره أبو الحسن وحكم ثبوت العيب والمبيع قائم تخيير مبتاعه في رده في كونه نقضًا أو ابتداء قولا أشهب وابن القاسم في استبرائها والتمسك به على أخذ أرشه بعد معرفتهما به جاز برضاهما اتفاقًا، وقبلها خرج المازري جوازه على قولي ابن حبيب وابن القاسم في جواز تمسك مبتاع ما استحق أكثره معينًا من ذوات بباقيه ومنعه، وفيها لوارث مبيع القيام بعيبه على بائعه، فإن قال: تبرأت منه فعليه البينة وإلا حلف من يظن به من الورثة علم ذلك ولا يحلف من يرى أنه لا يعلم ذلك.

قُلتُ: كسماع القرينين في تداعي ورثة الزوجين دفع المهر بعد البناء يحلف ورثة الزوج ما نعلم بقاءه عليه.

فناقض ابن رُشْد: إيجاب حلفه دون تحقيق دعوى علمه ذلك بقول نكاحها إن قال ورثة الزوج في المدخول بها لا علم لنا بعدم دفعه المهر فلا شيء عليهم، فإن ادعى ورثة الزوجة علمهم حلفوا أنهم لا يعلمون أن الزوج لم يدفعه، وقول غررها في التداعي في وقت موت الجارية الغائبة المبيعة على الصفة فإن فات المعيب غير مثلي بتلف تعين قدر العيب من الثمن وهو جزؤه المسمى للخارج من تسمية فضل قيمته سليمًا على قيمته بعيبه من قيمته سليمًا والقيمة إن صح البيع يوم الصفقة فيما لا يتواضع، وإن فسد فيوم قبضه، فيها: لمالك من ابتاع جارية بيعًا صحيحًا قبضها بعد شهرين قيمة العيب فيها يوم الصفقة.

سَحنون: إن كانت لا تتواضع وبيعت على القبض.

قُلتُ: فإن كان بيعها حرامًا فقيمتها يوم قبضها؛ لأن له ترك قبضها، والبيع

الصحيح القبض له لازم.

ابن محرز: ظاهره يوم ضمانها يوم تقويمها فالبيع بالخيار والعهدة والمواضعة إنما قيمتها يوم ضمانها مبتاعها ببت الخيار، والخروج من المواضعة.

عياض: وهو قولها إن كانت الجارية لا تتواضع وهو متصل بكلام ابن القاسم عند ابن عات وغيره، ولسَحنون عند ابن عيسى، وإن كان مثليًا ففي سقوط حقه بعدم غرم مثله ورجوعه بقيمة عيبه قولا ابن القاسم وأشهب: وصوبه اللخمي وعزاه الباجي لابن حبيب، والأول لابن القاسم: في الدينار، ولسَحنون في: الشعير يعلم أنه لا ينبت بعد زرعه.

وفيها: من أكل حنطة أو لبنا ثم علم بعيبه رجع بقيمته، إذ لا يوجد مثله ولو وجد مثله سواء رده الصقلي عن الشَّيخ عن سَحنون: لا يرد مثله، ولو وجد؛ بل يرجع بقيمة العيب، ولو اختلفا في صفة ما فات، ففي قبول قول بائعه مطلقًا، أو إن انتقد وإلا فالمشتري، نقلا اللخمي عن محمد مع أشهب وابن القاسم فيها.

وفيها: مع غيرها إن علم بعيب ما ابتاعه بعد عتقه أو صدقته أو هبته أو كتابته أو تدبيره أو إيلاد الأمة وجب رجوعه بقيمة عيبه.

ابن زرقون: روى زياد: إن تصدق به أو أعتقه فات ولا يرجع بقيمة العيب، ولو كانت الهبة لمن له اعتصارها منه ففي كونها فوتًا أولا؟ قولا ابن حبيب وابن الكاتب، فخرجها المازري على الخلاف فيمن ملك أن يملك هل يعد مالكًا أو لا؟ وإن علم عيبه بعد رهنه أو إجارته ففي وجوب كونه كفوته إن عجز عن استخلاصه وبقائه على حكم رده لاستخلاصه.

ثالثها إن بعد كالأشهر والسنة، وإن قرب كالشهر ونحوه، فالثاني لأشهب وابن القاسم فيها، وغير واحد عن ابن حبيب وكذا نقلها ابن شاس واقتصر ابن الحاجب على نقل الأول والثاني معزوًا لابن القاسم فتعقبوه، ونقل اللخمي قول ابن القاسم مقيدًا بتخيير المبتاع في الرجوع بقيمة العيب والتربص، واختار الثالث غير معزو كأنه لنفسه.

الشَّيخ: روى أشهب تحبيس فرس مبتاعه اطلع على عيب به قبله إن حيز عنه

فات، وإلا فلا وبعد بيعه من بائعه والمبتاع يجهل عيبه إن باعه بمثل ثمنه فلا تراجع، وبأقل في رجوعه عليه ببقية ثمنه قول ابن القاسم فيها، وتخريج اللخمي على قوله: من علمت بعيب زوجها بعد مخالعته لا رجوع لها عليه. ورد المازري بأن العوض في البيع أشد ثبوتًا منه في الخلع؛ لأنه لو خالعها على خمر مضى، ولا رجوع له عن العصمة بشيء، ولو باع عبده بخمر ففسخ بيعه رجع في عبده، يرد بأن هذا في العوض العصمة لا العوض المالي ومحل النزاع مالي، وبأكثر إن كان الأول مدلسًا فلا رد له وإلا فله، إلا أن يرد له الثاني فضل ثمنه على الأول، ولو علم عيبه دون الأول فلا رجوع له في الجميع ولبائعه رده عليه.

الصقلي: إن كان العيب في الأول يمكن حدوثه عندك أو عنده في الملك الأول أو الثاني حلفت في الظاهر على البت وفي الخفي على العلم إنما حدث عندك وبرئت من رده عليك، فإن نكلت حلف كذلك، ورده عليك، وفي الثاني قال محمد: يحلف ويبرأ من رده عليك إن نكل حلفت ورجعت عليه بتمام ثمنك، وفي الثالث حلفت وبرئت من رده عليك، فإن نكلت حلف ورده عليك.

اللخمي: في الثاني إن شك هل كان عند الأول قبل بيعه أو حدث عند المشتري الأول؟ حلف الأول لم يكن عنده وسقط عنه الرجوع ببقية الثمن والمشتري الأول ما حدث عنده وسقط الرجوع عليه، وفي الثالث يحلف المشتري الآخر وحده ما حدث عنده ولم يرجع عليه بفضل الثمن إلا أن يعترف أنه كان عند البائع الأول فيجب عليه رد الفضل.

قُلتُ: كذا وجدته في نسختين إحداهما عتيقة والصواب يحلف المشتري الأول لا الآخر، ولذا قال عند البائع الأول، وله في ترجمة جامع العيوب: محمد من اشترى ما باعه من مشتريه بدون ثمنه فوجد به عيبًا شك فيه حلف، فإن نكل حلف الآخر وأخذ بقية ثمنه يريد شك أحدث في الصفقة الأولى أو عند المشتري الأول وأحب التماسك، ولو أحب الرد حلفا إن نكل من هو بيده، وحلف الآخر وأخذ بقية ثمنه، وفي عكسه ترد عليه ويرد الثمن الثاني، ولو شك أحدث عند بائعه في الصفقة الثانية أو عند مشتريه حلف وبرئ، وإن نكل حلف بائعه ورده، ولو شك مع ذلك أكان عند بائعه قبل بيعه

حلف وبرئ ويحلف البائع ما علمه قبل بيعه ولا بعد شرائه إن نكل عنها حلف المشتري وأخذ بقية ثمنه وفي عكسه للبائع رده وأخذ ثمنه ولو حلف ما علمه في الصفقة الأولى ونكل عنه في الثانية لم يغرم، ولم يرد ولا يمين على المشتري؛ لأنه إن نكل ردت اليمين على من نكل عنها وبعد بيعه من غيره في رجوعه بقيمة عيبه ثالثها بالأقل منه، ومن تمام ثمنه، ورابعها إن باعه ظانًا أن عيبه عنده أو باعه وكيله وبينه القاضي مع ابن عبد الحَكم وروايته، وأخذه من الموطأ وابن القاسم فيها مع روايته وابن حبيب مع أشهب وروايته والصقلي عن محمد، وجعل عياض وابن رُشْد في سماع يحيي قول محمد تفسيرًا لقول ابن القاسم فيها، وعزاه عبد الحق لابن القاسم في الموَّازيَّة لا لمحمد، ولو رجع على الثاني مبتاعه بأرش ذلك العيب ففي رجوعه على الأول بالأقل مما غرم أو تمام ثمنه أو أرش العيب أو بأقل الأخيرين، ثالثها كما لم يغرم شيئًا للخمي عن ابن القاسم والآتي على قول أشهب وعلى رواية ابن عبد الحَكم.

الصقلي عن محمد: إن فلس الثاني والمبيع بيد الثالث فلا رد له على الأول؛ بل على الثاني فيرده مع غرمائه على الأول ليتحاصوا في ثمنه ولو فات عند الثالث رجعوا على الأول بما كان يرجع به الثاني عليه يضرب فيه وفيما وجد له الثالث مع غرمائه بأرش العيب من ثمنه وإن لم يكن عليه غرماء رجع الثالث على الأول بما يرجع به على الثاني إلا أن يعطيه الأول قيمة عيبه الذي كان يلزمه أو بقية رأس مال الثاني، لابن رُشْد: في مسألة لو باع نصفه أو اشتراه بمائة وباعه بتسعة وتسعين فرجع عليه مبتاعه بأرش عيبه وهو ديناران وأرش عيبه فيما ابتاعه به ثلاثة دنانير، على سماع عيسى ابن القاسم رجوعه بقيمة عيبه من الثمن الأول رجع الثاني على الأول بثلاثة دنانير وعلى أحد قولي ابن القاسم في الموَّازيَّة رجوعه بالأقل من ذلك أو مما غرم يرجع بدينارين. وعلى أحد قولي ابن القاسم واختيار محمد رجوعه بالأقل منهما ومن بقية رأس ماله يرجع بدينار فقط.

وفيها: من ابتاع عبدًا فادعى عيبًا به بعد بيعه لا خصومة له فيه إذ لا رجوع له به لو ثبت.

قُلتُ: على متقدم تقييد ابن ر شد قول ابن القاسم، بقول محمد: إن ادعى أنه باعه مبينًا عيبه لظنه حدوثه عنده أو باعه وكيله مبينًا له فله خصومته.

وفيها: من اطلع على عيب بعبد بعد بيعه نصفه خير بائعه في قبول نصفه برد نصف ثمنه ورد نصف قيمة عيبه ومثله، سمع عيسى، فخرج ابن رشيد فيها ما في سماعه فيمن تصدق بنصف عبد ابتاعه ثم ظهر على عيب به قال ما تصدق به رد له نصف قيمة العيب وما بقي بيد المشتري في لزوم رجوعه بمنابه من قيمة العيب وتخييره في الرضا به، ورده، وأخذ منابه من الثمن ثالثها يخير البائع في رد منابه من الثمن بأخذه ورد منابه من العيب، والمذهب أنه إن رجع المعيب لمبتاعه بوجه ما فله رده على بائعه.

المازري: توقف فيه بعض الأشياخ؛ لأن ملك شرائه من بائعه الأول لا ضرر فيه عند ابن القاسم بعد بيعه، وهذا ملك مستأنف باق بحاله ولم يجب عنه، ويرد بأن ابن القاسم إنما قال ذلك في إغرام البائع، أرش العيب دون ضرر المبتاع بغرم أرش عيب حدث عنده.

وفيها: قلت: إن اشتريت جارية بها عيب لم أعلمه ثم بعتها وتداولتها رجال ثم اشتريتها فعلمت بعيبها.

قال سَحنون: قال أشهب: لك ردها على من اشتريتها منه آخرًا؛ لأن عهدتك عليه.

قُلتُ: كذا نقلها ابن محرز والتونسي إلا أنهما ذكرا بدل. قال سَحنون: قال أشهب: لفظ قال غيره، وفي بعض نسخ المدَوَّنة قبل قال سَحنون، قال لك أن تردها عليه إن لم يدخلها عيب مفسد مثل ما وصفت لك.

قال التونسي: الأشبه قصر رده على الآخر إذ قد يكون بعض المشترين قد خسر في بيعه فيريد نقض البيع ليرجع بتمام ثمنه، وبعضهم ربح فلا يريد نقضه فإن قيل يدخل هذه العلة فيمن اشتراها بمائة ثم باعها من رجل بثمانين ثم اشتراها بتسعين قيل إذا ردها مبتاعها على البائع الأول فكأنه رضي أن لا يرجع، على من اشتراها منه أخيرًا بعشرة، ولا حجة لمن اشتراها أخيرًا؛ لأنه لا يرجع ولا يرجع عليه، ولا حجة للمشتري الأول في أن يقول انتقض البيع لما رددته على الأول، فيجب نقض شرائه من الآخر فإن رجع عليه بعشرة إذ هو مختار في رده على الأول، وإنما ينتقض بيع الآخر لو كان اشتراها منه بستين ثم ردها على الأول فأخذ منه مائة لرجع الآخر بتمام ثمنه وهو عشرون؛ لأنه

يقول لما انتقض البيع في العبد وجب أن لا تربح أنت فرد على ما كنت خسرته ومثله قال ابن محرز.

المازري: لو باع المعيب من اشتراه فتداولته الأملاك فاشتراه مشتريه الأول من مشتريه الآخر فذكر في المدَوَّنة لمن اشتراه أولا رده على من اشتراه آخرا، وفي بعض روايات المدَوَّنة له أن يرد عليه، وظاهر هذا الضمير عند بعض المتأخرين عوده على من اشتراه منه أولا وتعقب هو وغيره من الأشياخ رده على الأول، وقرر ما قاله التونسي بأنه لو رجع العبد لمن لا يريد رده؛ لأن تمسكه به أنفع له لم يصل لمشتريه الأول وإذا لم يصل إليه لم يكن له على بائعه منه أولا مقال: حسبما قاله ابن القاسم ورأى بعض أشياخي أن هذا يجري على مسألة من اشترى سلعة شراء فاسدًا فباعها بيعًا صحيحًا ثم اشتراها في ارتفاع حكم الفوت بعود السلعة إليه، ولم تحل أسواقها قولان، وفي تخريجه نظر؛ لأن فسخ البيع الفاسد حق لله لا يسقط بتراضي المتبايعين والرد بالعيب يسقط بالتراضي، وقد ذكرنا إمكان رضا أحد المتبايعين به.

قُلتُ: ما ذكرته عن بعض النسخ وذكره المازري عن بعض رواياتها وقع فيها بعد هذه الترجمة في كل النسخ ولم يذكر البراذعي غيره ما نصه:

قُلتُ: إن بعت عبدًا من رجل فباعه المشتري ثم ادعى عيبًا بالعبد أنه أن يخاصم بائعه فيه في قول مالك قال: لا أرى أن يرجع بالعيب فكيف يخاصمه؟

قُلتُ: فإن رجع العبد إلى المشتري بوجه من الوجوه بهبة أو شراء أو ميراث فأراد أن يخاصم الذي باعه في العيب الذي ادعى أنه كان به يوم ابتاعه أله ذلك في قول مالك؟ قال: نعم، وهذا ظاهر في أن له الرد على الأول وما ذكروه من التعقب، يرد بأنه بناء على أن رده على الأول موجب لنقض البياعات وهذه دعوى لم يقم عليها دليل مجرد منعها كافٍ في ردها، وبأنه لو انتقضت البياعات في هذا المبيع برده بالعيب لنقضت في المبيع بيعًا فاسدًا، إذا فسخ برجوعه لمبتاعه بيعًا فاسدًا بعد بيعه بيعا صحيحًا، والمذهب أنها لا تنتقض وما رد به المازري تخريج اللخمي ينتج هنا تأكيد لزوم النقض في البيع الفاسد، للنقض في الرد بالعيب؛ لأنه إذا أوجب النقض مع أنه اختياري لحق آدمي فأحرى في الفاسد؛ لأنه جبري لحق الله تعالى، ولهذا المعنى قال في

المَدَوَّنة وغيرها: عتق السنة آكد من عتق الافتراق ولا أعلم لما زعموه من نقض البياعات متمسكًا إلا توهم القياس على نقض البياعات المتعددة في الشفعة الكائنة بعد البيع الذي شفع بثمنه وتقرير القياس أنه إذا تعدد بيع الشقص أربعًا فأخذ الشفيع بالبيع الأول فقد نقض البيع الثاني اتفاقًا، وأوجب نقض هذا الثاني، نقض ما بعده اتفاقًا، والمشتري الأول إذا رد المبيع على البائع الأول فقد نقض بيعه وهو أول البياعات فوجب نقض ما بعده قياسًا على الشفعة بجامع مطلق نقض البيع، ورد هذا القياس واضح وهذا؛ لأن موجب النقض في الشفعة ليس هو نقض البيع الثاني عن البيع الذي أخذ فيه بالشفعة وإنما موجبه أن الشفيع إذا أخذ بالشفعة بثمن البيع الأول أخذ الشقص من يد مشتريه بغير عوض يعطيه إياه إجماعًا فوجب رجوع المشتري الآخر على بائعه بما أخذ منه من ثمن الشقص وكذا كل مبتاع يرجع على بائعه إلى أن ينتهي الأمر إلى المشتري الذي أخذ الشفيع بثمن شرائه فيعطي لمن ابتاع منه ثمنه ولا يرجع هو على أحد لأخذه ثمنه من الشفيع، فموجب النقض في الشفعة إنما هو أخذ المبيع من يد آخر مشتريه بغير ثمن، وفي مسألة الرد بالعيب إنما أخذه الراد بثمن دفعه إليه، فعلة النقض في الشفعة معدومة في الرد بالعيب فتأمله.

وقال ابن عبد السلام إثر ذكره كلام التونسي: وهذا ظاهر ولكنه يصعب إذا تعددت البياعات ورجع للمشتري الأول بهبة أو صدقة.

قُلتُ: لا صعوبة فيه؛ لأن اللازم عند عدم رده على البائع الأول وهذا هو اختيار التونسي وله في الهبة كلام يأتي إن شاء الله.

وفي شرط رد مشتريه إذا رجع إليه بشراء على بائعه الأول بعدم علمه بالعيب قبل شرائه الثاني نقلا عياض: تأويل الأقل قولي ابن القاسم مع أشهب وتأويل الأكثر قال: وهو ظاهر قولها: إن اشترى عبدًا فباعه ثم ادعى عيبًا لم يكن له أن يخاصم بائعه؛ لكن إن رجع إليه بشراء أو غيره فله رده على بائعه قال: قالوا لو رجع إليه بشراء بعد تخيير مشتريه الثاني في رده بالعيب لم يكن له رده.

قُلتُ: التأويل الأول عزاه عبد الحق لمحمد، والثاني لبعض شُيُوخه واختاره قال: وقال بعض شُيُوخنا: لو باعه مشتريه من مشتريه من بائع بائعه لم تنتقض البياعات؛ لأن

هذا أمر حادث قال: وخالفني غيري وقال تنتقض كل البياعات كالاستحقاق قال: وعلى قول أشهب لو رجع بالأقل من قيمة العيب أو نفيه رأس ماله ثم رجع إليه بشراء أو غيره فله رده وخالفه غيره ورآه حكمًا مضى.

عبد الحق: ورأيت لابن حبيب إن باعه مبتاعه بمثل الثمن فأكثر ثم رجع إليه بشراء أو غيره بحالة دون تغير، فإن كان قام قبل رجوعه إليه وقضى عليه ألا يرجع بشيء فلا قيام له الآن، وإن لم يكن حكم بينهما بشيء فله رده.

قُلتُ: لما ذكر الصقلي قول ابن حبيب قال: وقال أبو محمد: هذا بعيد من أصولهم، قال: وقال بعض شُيُوخنا القرويين لو أن مشتري نصف عبد رده بعيب على بائعه وكان بائعه رجع على بائعه بنصف قيمة العيب فلبائعه الأول أن يقول له إنما غرمت لك نصف قيمة العيب لتبعيض العبد والآن صار كله لك إن شئت رده إلي وخذ ثمنك أو احبسه ورد على نصف قيمة العيب وللمشتري ذلك، وإن أبى البائع.

وقال غيره: ذلك حكم مضى وأجراه الصقلي على قولي ابن حبيب والشَّيخ.

وفيها: من باع ثوبًا من رجلين فباع أحدهما حظه من صاحبه ثم ظهر على عيبه فلا قول له ولمالك كله رد حظه فقط.

وفيها: لو رجع إليه بهبة أو صدقة ممن اشتراه منه فلمعطيه الرجوع عليه بأرش العيب وله رده على بائعه الأول وأخذ جميع ثمنه لا يحاسب بشيء مما بقي في يده من ثمن الواهب؛ لأنه كأنه رد عليه فوهبه أو تصدق عليه، ببقية الثمن بعد أرش العيب ونقلها التونسي بلفظ: إن رجع إليه بهبة رده على الأول ورجع الواهب بقيمة العيب على البائع منه قال: ولم يجعل للواهب استرجاع بقية ثمنه بأن يقول لما رده الذي باعه منه على الأول انتقض البيع والهبة وصار ما وهبته كاستحقاقه فلا شيء للموهوب في ثمنه إذ لو شاء الموهوب لم يرده على البائع الأول فشبه رده هنا إلى الأول كابتداء بيعه وإمضاء الهبة في بقيته بعد أرش العيب.

قُلتُ: جوابه يجعل رده كابتداء بيع يرد ما تقدم له من تعقبه القول برده على بائعه في رجوعه إليه بشراء إلا أن يريد بجوابه هذا إجراء القول على قوله ذلك لا تصويبه عنده، وهذا إذا وهبه من ابتاعه منه ولو وهبه من ابتاعه ممن ابتاعه منه أو ممن ينتهي

ابتياعه إليه بعد بياعات لرجع واهبه بأرش العيب على بائعه منه وكذا كل بائع حتى ينتهي الرجوع بأرش ذلك العيب في يوم عقد بيعه إلى من ابتاعه من المشتري الأول الموهوب فيغرم له أيضًا أرش العيب كذلك ورضا المبتاع العيب يسقط مقاله.

المازري: الأصل المعتبر أن كل فعل لا يقع عادة إلا رضى منه بالعيب يسقط مقاله وما أشكل من التصرف لغو.

ابن شاس: إن تمكن رد المعيب فسكت عنه لا لعذر، بطل خياره.

وفي الجلاب: من ظهر على عيب سلعة اشتراها ثم مات قبل رده لها فلورثته ردها، وسمع أَصْبَغ ابن القاسم: إن دبر مكاتب عبده فعلم سيده ذلك فلم ينكر عليه حتى عجز لا تدبير له إلا أن يكون أمره بتدبيره، وليس السكوت والعلم شيئًا.

ابن رُشْد: في كون السكوت إذنًا في الشيء وإقرارًا به قولان مشهوران لابن القاسم في سماع عيسى من كتاب المديان مع كتاب النكاح وهذا السماع مع سماعه عيسى في كتاب الدعوى والصلح وهذا الأظهر لقوله ﷺ: **«البكر تستأذن وإذنها صماتها»**. فغيرها بخلافها في النكاح إجماعًا، يوجب قياس غيره عليه إلا ما علم عادة أن السكوت عليه رضا فلا يختلف أنه إقرار به كمن سكت عن حمل امرأته وشبهه.

قُلتُ: في التفليس منها قال ابن القاسم: من كان من غرماء المفلس حاضرًا عالمًا بتفليسه فلم يقم مع من قام فلا رجوع له على الغرماء وذلك رضا منه ببقاء دينه في ذمة الغريم كعلمهم بعتقه وسكوتهم عنه فلا يرد لهم عتقه بعد ذلك إن قاموا، وقيل توقف لهم حقوقهم كالغائب.

وفيها: إن أخر رب الحق الغريم وسكت الحميل وعلم بذلك لزمته الحمالة وله أن لا يرضى بذلك خوف أن تلزمه الحمالة.

وفي النكاح الأول من زوج ابنه البالغ المالك لأمره وهو حاضر صامت فلما فرغ الأب من النكاح قال الابن: ما أمرته ولا أرضى، صدق مع يمينه والقولان قائمان من مسائلها.

وغيبة بائع المعيب لا تسقط حق مبتاعه.

اللخمي لمحمد عن ابن القاسم: من أقام بيده عبدًا اشتراه ستة أشهر لغيبة بائعه

ولم يرفع للسلطان حتى مات العبد، له الرجوع بعيبه ويعذر بغيبة البائع لثقل الخصومة عند القضاة، ويرجو إن قدم البائع موافقته.

وقول ابن الحاجب: إن كان البائع غائبًا استشهد شهيدين يقتضي أن الشهادة شرط في رده أو في سقوط اليمين عنه إن قدم ربه، ولو لم يدع عليه ذلك ولا أعرفه لغير ابن شاس وله القيام في غيبته.

فيها لمالك: إن رفع للسلطان سأله البينة على شرائه بعهده الإسلام وبيعه، فإن أقامها تلوم للبائع، فإن طمع بقدومه وإلا باعه، وقضى المبتاع حقه فإن نقص عنه تبعه بما بقي، وإن فضل منه شيء حبسه للبائع.

قُلتُ: أيكلف البينة بأنه كان ينقد ثمنه قال: نعم ولم أسمعه من مالك.

قُلتُ: حصر اللخمي ما يثبته في أمرين كون بيعه على العهدة، ودفع الثمن قال: وأرى إن كان العادة البراءة كلف إثبات أن بيعه على العهدة وإلا فهو عليها ويستظهر بيمينه في مكانه، والنقد إنما يكلف البينة عليه فيما يقبل فيه إنكار البائع قبضه لا فيما يقبل فيه قول المبتاع، فإن كانت العادة في بيع الرقيق النقد أو طال مقام البائع قبل سفره، أو كان أحد المتبايعين غريبًا لم يكلف المشتري بينة.

قُلتُ: اعتبار العادة في النقد سبقه به.

ابن محرز قال: فإن لم يقم البينة، كفت العادة في ثبوته مع يمينه قال: وهذه عكس مسألة غيبة المكتري، وطلب مكري الإبل أن يكرى له عليه وقال: لم أقبض الكراء، إن كانت العادة تأخيره صدقته، وإن كانت نقده، لم يحكم عليه بها، لعدم حضور مدعيها، وحكم له بالكراء بعد يمينه فيهما لاحتمال دعوى المكتري النقد في الأولى واحتمال دعوى المكتري النقد في الأول واحتمال نكوله في الثاني، وقاله المازري كأنه من عند نفسه هو قول ابن محرز: هذه عكس مسألة الجمال، وقول المازري: هذه بخلاف مسألة الجمال يريد أن العادة بالنقد في مسألة العيب يحكم بها لمدعيها وهو المبتاع، والعادة به في مسألة الكراء، لا يقضي بها لمدعيها وهو المكتري، وفرقا بأن العادة في مسألة المبتاع من يقوم بها حاضر، والعادة في مسألة الجمال من يقوم بها غائب ويرد بأن عدم حضور من يقوم بالعادة في مسألة الجمال أشد أموره أن يصيرها كالعدم وعدمها في مسألة المبتاع

أوجب عدم قبول دعوى الحاضر على الغائب فيجب ذلك في مسألة الحمال فلا فرق بما قالاه فإن قيل: بل من أشد أموره أن يصيره كحاضر نكل وإليه أشار ابن محرز بقوله: واحتمال نكوله في الثاني رد بأن غيبة من لو حضر قيل له لا تتنزل منزلة نكوله ضرورة أن من ادعى عليه بمال لا توجب غيبته قبول قول خصمه وهو لو حضر نكل قبل قول خصمه، والمكتري أقوى لشهادة العادة له، فإن قيل: إنما أجابا بالفرق عن سؤال لغو العادة بالنقد للمكتري واعتبارها للمبتاع.

قُلتُ: قول ابن محرز عكسها، ولفظ المازري مطلق في اعتبار العادة ولغوها، وقبول قول من لم يشهد له مع يمينه ولغوه، والإطلاق كالعموم، ومسألة الحمال عكس مسألة المبتاع فيهما، أما في الأول فظاهر، وأما في الثاني فلأن المبتاع إذا لم تقم له عادة فدعواه لغو، والمكري إذا لم تقم له عادة. قوله: مع يمينه مقبول وفرقهما إنما يتم في الأول لا الثاني، والصواب التفريق بأن المبتاع في عدم العادة يدعي ثبوت النقد والأصل عدمه والحمال في عدم العادة يدعي عدمه وهو الأصل، وفسر ابن محرز والمازري المدَوَّنة بأنه يكلف مع الأمرين صحة العقد فالأخوف دعوى الغائب فساده وفائدة بينته بذلك سقوط حلفه على ذلك.

وقال فضل: لا بد أن يحلف ما تبرأ البائع له من هذا العيب لاحتمال كون البراءة بعد العقد الذي حضرته البينة، وعزاه المتيطي لابن حبيب معه قال: وتثبت غيبته.

قُلتُ: وعلى قول فضل يزيد في حلفه ما أسقط حقه فيه بوجه وذكره المتيطي كأنه المذهب وأنه ما استخدم العبد بعد رؤية العيب.

ابن لبابة: وتؤرخ البينة يوم الشراء لقدم البيع.

المتيطي: إن قربت غيبته لم يعجل عليه وإن بعدت، فقال مالك: في عيوبها يتلوم له الأيام إن طمع بقدومه وإلا باعه، وفي التجارة للحرب منها: إن بعدت غيبته قضى عليه، ولم يذكر تلومًا، ونحوه لابن القاسم في قسمتها فحمله غير واحد على الخلاف لما في عيوبها. قال بعضهم: ولمالك أيضًا في بعيد الغيبة إن خاف عليه الضيعة أو النقص باعه وما فضل عن ثمنه حبسه له عند أمين.

قُلتُ: هذا نص عيوبها.

المتيطي: القولان وفاق أي: يتلوم له إن طمع بقدومه ما لم يخف عليه ذلك ولابن رُشْد: في سماع ابن القاسم من الأقضية غيبة الخصم إن قربت كمسافة ثلاثة أيام كتب إليه بالإعذار إما قدم أو وكل فإن أبى حكم عليه في كل شيء من طلاق وعتق وغيره ولم ترج له حجة في شيء وبعيد الغيبة كمسافة عشرة أيام يقضى عليه في غير استحقاق الأصول، وترجى حجته، ومنقطع الغيبة كمكة من إفريقيَّة والعدوة من الأندلس يقضي عليه في كل شيء وترجى حجته.

وقال سَحنون وابن الماجِشُون: لا ترجى له حجة إلا إن بان أن البينة عليه ذات حجر عليها أو رق أو كفر فعلى قولهما يوكل له وكيل يحتج عنه ويعذر إليه، وعلى قول ابن القاسم لا يوكل له، وفي كون قول البينة غاب منذ شهر ونحوه بحيث لا نعلم مستقره شهادة ببعدها أو حتى تنص على بعدها قولا أبي مروان وابن القطان وصوب ابن سهل الأول، وقال: هو ظاهرها، وأنكر الثاني.

وقال ابن محرز: معنى قوله في بيع المردود أنه لم يكن للغائب مال غيره أو رأى أنه أمثل ما يباع له، وتبعه المازري.

قُلتُ: ما فيها هو نص الروايات وأقوال المتكلمين على المدَوَّنة وغيرها وأهل الشورى كابن عتاب، وابن القطان وابن مالك، وابن سهل وغيرهم، وسمع عيسى ابن القاسم من ابتاع جارية فغاب البائع ووجد المبتاع بها عيبًا لم يعلم به إن أقام البينة عند الإمام أنه ابتاع بيع الإسلام وعهدته لأداء ولا غائلة باعها السلطان فإن كان نقص اتبع به البائع ولا شيء عليه في وطئها إلا أن تكون بكرًا فيكون عليه ما نقصها ولا يمين عليه إنه لم يطأها منذ علم عيبها إلا أن يكون متهمًا.

ابن رُشْد: قوله: أقام البينة ببيع الإسلام، يريد في يوم كذا لأجل العيوب التي تقدم وتحدث ويقيم البينة على نقد الثمن ويحلف ما وحينئذ يبيع العبد على الغائب، ويدفع الثمن إن لم تقم البينة على الأول حلف عليه وإن لم يقمها على النقض حلف عليه أيضًا إن مضى من المدة ما لو أنكر البائع القبض قبل قوله: مع يمينه أنه دفعه وذلك العام والعامان في قول ابن حبيب والعشرون ونحوها، على قول ابن القاسم.

قُلتُ: فقد نص ابن رُشْد على بيعه له دون شرط، وإنما ذكر أهل المذهب اعتبار

أولوية ما يباع على بيعه.

اللخمي: من قام بعيب مبيع في غيبة بائعه، والبائع منه حاضر فلا رد له عليه لحجته بدعواه أن الغائب رضيه إلا في عدم الغائب؛ لأنه لو رضيه وثمنه لا يفي بثمنه لم يقبل رضاه، ولو استحق من الآخر فله القيام على الأول؛ لأنه غريم غريمه.

وفيها قلت: إن كان ذلك في بيع فاسد. قال: لم أسمعه، وأرى إن أقام البينة إنه ابتاعه بيعًا حرامًا، ونقد ثمنه ولم يفت بحوالة سوق حكم فيه كالصحيح وإن فات جعله القاضي عليه بقيمته ويترادان الفضل متى التقيا، ونوقض قولها بنزع فضل الثمن من مشتري المعيب في البيع الصحيح بقولها: لا ينزع من مشتريه في فوته في البيع الفاسد ابن محرز فرقوا بأنه في البيع الصحيح لم يكن الغائب رضي معاملته، وفي الفاسد، كان رضيها وزاد بعضهم أنه دين للغائب والسلطان لا يقتضي دين الغائب ورده ابن محرز بأنه إنما رضي معاملته في بيعة فسخت، قال: إنما رأى ابن القاسم أن بقاءه في ذمة خيرًا من أمانة إلا أن يخشى على ذمته ثلم فينزع منه.

زاد المازري: إن البيع في الصحيح نقض بالرد وبطل ملك المشتري فصار البائع والمشتري كأنهما لم يتعاملا قط، وفي الفاسد لم ينقض بكليته لبقاء ملك مشتريه. قال: والحق عندي فذكر مثل ما تقدم لابن محرز.

قُلتُ: تفرقة المازري في غير محل السؤال؛ لأن السؤال طلب الفرق بين مشتريه من السلطان في البيع الصحيح وبين مشتريه من ربه في البيع الفاسد لا بينه وبين مشتريه من ربه في البيع الصحيح.

اللخمي: إن كان بائع المعيب بعيد الغيبة وأثبت مبتاعه ابتياعه فاسدًا والمبيع قائم نقض بيعه، وبيع للغائب ودفع لمبتاعه ثمنه إن نقده ووقف فضله إن كان لبائعه واتبع بنقصه، وإن لم يكن نقده وقف كل ثمنه.

قُلتُ: في بيعه إن لم يكن نقد ثمنه نظر إلا أن يخاف عليه قال: وإن فات قوم وتركت القيمة في الذمة ولو لم يكن دفع ثمنه لرضا الغائب ببقاء الثمن في ذمته.

وتصرف المضطر في لغوه اختلاف. سمع ابن القاسم من ابتاع دابة فسافر عليها فوجد بها عيبًا له ركوبها ولا شيء عليه فيه وردها بعيبها إن ردها بحالها والحاضر إن

ركبها بعد علمه بعيبها ركوب احتباس لزمته، وإن ركبها ليردها، وما أشبهه فلا شيء عليه.

ابن رُشْد ابن القاسم: يجيز له ركوبها إلا أن يكون قريبًا لا مؤنة عليه في رجوعه، ويستحب أن يشهد أن ركوبه ليس رضا، وإن لم يشهد فلا شيء عليه، وهو ظاهر قول مالك في هذا السماع.

وقال ابن كنانة: يشهد على العيب ويردها، ولا يركبها في رده، إلا أن يكون بين قريتين فيبلغ عليها إلى القرية يشهد.

وقال ابن نافع: لا يركبها ولا يحمل عليها شيئًا إلا أن لا يجد من ذلك بدا فليشهد على ذلك ويركب ويحمل إلى الموضع الذي لا يجوز أن يركبها فيه يعني حتى يجد حكمًا وبينة تشهد له بذلك الموضع بما يوجب ردها فاعرف أنها ثلاثة أقوال.

اللخمي: اختلف فيه قول مالك في الموَّازية، قال مرة: يسقط قيامه، وقال مرة: له الرد، ولم يكن عليه أن يقودها، ويكتري غيرها ولا يكريها فإن أكراها فهو رضا، وعلى قول ابن حبيب له أن يكري الدابة والمشتري حاضر حتى يحكم له بالرد يكريها في السفر، وعزا الصقلي لغو ركوب السفر لابن القاسم وروايته وعدم الرد به لأشهب وروايته وابن عبد الحكم وهو خلاف ثلاثة أقوال.

ابن رُشْد: فالأقوال أربعة.

وتصرف المختار معتبر، أما سكنى الدار ونحوها بعد علم عيبها، وقبل القيام به فلا أعرف فيه نصًا وهو أشد من مجرد السكوت، وبعد القيام به.

اللخمي والمازري: له أن ينتفع بغلة الدار والحائط حين الخصام ولا يخرج من الدار ويمنع لبس الثوب والتلذذ بالجارية.

المازري: في منع استخدام العبد والدابة المشهور، وقول ابن حبيب: وقيد المازري قول ابن حبيب بوقت الخصومة، ومثله قول ابن رُشْد ففيه إن ألجأه البائع إلى الخصومة وهو خلاف قول اللخمي، اختلف في ذلك إذا ركب الدابة واستخدم العبد بعد علمه بالعيب أو بعد أن أقام، كذا وجدته في غير نسخة واحدة معطوفًا بأولا بالواو.

وفيها: زوال عيب دين العبد بإسقاطه ربه أو أداه وولده بموته وحماه في الثلاث

وبياض عينيه بذهابهما، وكون الأمة في عدة بانقضائها قبل الرد يسقطه.

الصقلي عن سَحنون: إلا أن يكون أدانه في فساد.

أشهب: إن علم بالدين قبل أن يسقطه فله رده وإن أسقطه بعد علمه؛ لأنه اطلع عليه ولم يحك غيره، وزاد اللخمي.

قال ابن القاسم: لا رد له، وهو أصوب وذكر قول ابن القاسم لا يرد اللخمي الحادثة في عهدة الثلاث إن ذهبت.

قال: وقال أشهب: يرد، وكيف يعرف ذهابها بها؟ وأرى أن يستأنى به إن استمر برؤه لم يرد، وإن عاوده عن قرب رد والعيب الذاهب إن غلب عوده أو أشكل فكبقائه، وإلا لم يرد، وغالب خفيف الحمى البرء والاستئناء أحسن إلا حيث تكثر حمى الثلاث والتربع، وسمع القرينان: من ابتاع عبدًا دلس بائعه بزوجيته فلم يعلم ذلك حتى طلقها أو ماتت فله رده لذلك.

ابن رُشْد: وقيل يذهب العيب بارتفاع العصمة بموت أو طلاق وتأوله فضل على قول ابن القاسم فيها: إن اشترى الأمة في عدة طلاق فلم يعلم ذلك حتى انقضت لا رد له، وليس ببين لاحتمال أن يكون علم أنه كان لها زوج، ولم يعلم أنها في عدة منه، وهذا القول اختاره التونسي، قال: لأن العصمة إذا ارتفعت بموت أو طلاق لم يبق إلا اعتيادها الوطء، وهو لو وهبها لعبده يطؤها، ثم انتزعها ما كان عليه بيان ذلك، ولم ير بين اعتيادها الوطء بالنكاح، والتسرر فرقًا ولعمري أن بينهما فرقا للزوجة حق بخلاف الأمة، والقول الثالث ذهاب العيب بزوال العصمة بالموت دون الطلاق لابن حبيب وأشهب وهو أعدلها.

وتعقب ابن عبد السلام تفريق ابن رُشْد بأن قال: ليس هذا الفرق ببين؛ لأن علة كون الزوجية عيبًا ليس وطء الزوج أ والزوجة، وإنما هو نأنس العبد والأمة بالوطء، وكون ذلك مؤديًا إلى تخلفهما على سيدهما وهذا لا يفترق فيه وطء السيد من وطء الزوج فإذا اتفق على زوال أحد السببين يزيل العيب وجب في الآخر كذلك.

قُلتُ: لا يخفى على منصف ضعف هذا الرد؛ لأن فقد التأنس بما كان يملكه المتأنس به أشد عليه من فقده ما كان يتأنس به مما لا يملكه؛ لأن الملك مظنة لكثرة

أوقات التأنس به وعدمه مظنة لقلتها وهذا مدرك بالعادة ضرورة؛ لأن تمتع الإنسان بما يملكه من مركوب به أكثر مما ينال من ذلك دون ملك، وفقد ما كثر ألفه أشد مما قل. الصقلي عن أشهب: زوال الجنون والجذام والبرص إن طال مكثه بعد برئه حتى أمن عوده فلا رد به وإن لم يؤمن عوده فله الرد، وفيها لابن القاسم: يرد بالجنون وإن لم يعلم به حتى ذهب؛ لأنه لا يؤمن عوده، ولو أصابه في السنة جذام أو برص فبرئ قبل علمه به لم يرد به إلا أن يخاف عوده فيكون كالجنون، وتقدم للخمي إن علم أن العبد كان به قبل شرائه جذام أو برص ثم ذهب أنه يرد بذلك وتقدم قول ابن القاسم انقطاع البول في الفراش لا يؤمن عوده، وقول أشهب فيها: إلا أن يمضي كثير السنين عليه مما يؤمن عوده، وما حدث عند مبتاعه ألغى يسيره وأوجب الأرش مفسده وغيرهما يخيره في أرشه ورده، وأرش الحادث، فلو أسقط البائع أرش الحادث ففي سقوط خيار المبتاع ثالثها إن حدث بالمبيع رفع سوقه أو فراهة، ورابعها إن كان بائعه مدلسًا لها مع غيرها وعيسى بن دينار مع الباجي.

الأظهر من قول البغداديين وعياض عن ابن القاسم في العشرة وابن نافع وروايته وشُيُوخ المذهب وابن لبابة.

قال عياض: نص ابن حبيب على المدلس وغيره سواء.

قُلتُ: هو فيها نص في سؤال أجاب عنه برأيه ولم يسمعه.

ابن محرز: ناقض ما أوجب التخيير الأول بعض المذاكرين بمنع ابن القاسم من ابتاع سلعًا فاستحق أكثرها التمسك ببقيتها؛ لأن منابه من الثمن مجهول، وأجاب ابن محرز بأن التقدير فيما يصيب بالحبس في العيب معروف لا يتفاوت تفاوت التقدير في الفض على السلع في الاستحقاق، وفي هذا المعنى قول ابن القاسم لمن انهدم بعض ما اكتراه أثناء سكناه التمسك بما بقي بمنابه ويرد بمنع أن ما ذهب فالباقي في المعيب معروف بخلاف الاستحقاق؛ بل العكس أقرب؛ لأن الذاهب بالعيب جزء هو الآن عدمي، وفي الاستحقاق وجودي، والموجود أعرف، ومناب الأعرف، والجواب أن لزوم الإمضاء في الجزء الذاهب عند المبتاع بحادث العيب وفيما سكنه المكتري يوجب كون التمسك بالباقي بالعقد الأول لا مستأنف.

قُلتُ: وهذه المناقضة خلاف قول عبد الحق لا يخير إلا بعد معرفة مناب العيب القديم والحادث، فالأول فيها لابن القاسم ما لا ينقصه نقصًا كثيرًا.

الصقلي: ألغى للمبتاع دون البائع لشرط السلامة عليه، ولأنه بسبب تدليسه أو تفريطه هذا الاستحسان، والقياس عدم إلغائه له كالبائع، وقاله اللخمي: إن كان البائع غير مدلس.

وفيها: الرمد والكي والدمامل والحمى والصداع وإن نقصه يسير.

اللخمي عن سَحنون: الحمى من أمراض الموت يريد فلا يرد به وهو حسن فلا يعجل بالرد فقد ينكشف عن مخوف يمنع الرد وكذا الرمد.

المازري: أشار بعض الأشياخ إلى أن مراد ابن القاسم، الحمى اللطيفة، قال: وقال ابن كنانة: يتوقف في رد المريض حتى يتبين موته أو إفاقته.

قُلتُ: هو للباجي قال: ولابن القاسم: يرده ما لم يكن مخوفًا فالأمراض ثلاثة: خفيف لا يثبت خيارًا، ومتوسط يثبته، ومخوف يمنع الرد.

قُلتُ: ظاهره اتفاقًا وفيه خلاف، قال: وقال أشهب: الوعك والحمى يوجب خياره وذكره ابن الحاجب رواية له: سمع ابن القاسم: لمن اطلع على عيب عبد بعد مرضه رده إلا أن يكون مرضًا مخوفًا.

قال عيسى: قال ابن القاسم: إن كان مخوفًا استؤني به ما لم يدخل في ذلك ضرر، فإن قرب برؤه رده وإن تطاول رد إليه قدر قيمة العيب.

ابن رُشْد: قول ابن القاسم تفسير لقول مالك، ولو لم يرج برؤه لأمد قريب لم يستأن به، ورجع بقيمة العيب ابن رُشْد: يقول ابن القاسم.

وفي نوازل سَحنون: في بعض الروايات: يرده مريضًا وإن كان مخوفًا رد معه ما نقصه عيب المخوف فقيل هذا الاختلاف على الخلاف في بيع المريض وليس بصحيح؛ لأن الخلاف في ذلك إنما هو مع تراضي المتبايعين والمردود عليه بالعيب لا يرضى أخذه مريضًا يخاف موته، ويدل عليه قول مالك مخوف المرض فوت في الرد بالعيب مع أن مذهبه جواز بيعه وهو دليل قوله في بيع الخيار منها وفي استبرائها، وسماع عيسى بعد هذا وقول أَصْبَغ خلاف قول ابن الماجِشُون واختيار ابن حبيب إذا بلغ مرضه ما يقصر

تصرف الحر على ثلثه وألغى ابن حبيب حدوث العيب الخلقي كالسرقة والزنا وشرب الخمر والإباق.

اللخمي: هذا خلاف الأصل، بعض شُيُوخ عبد الحق: قول ابن القاسم: النكاح عيب يغرم المبتاع أرشه، خلافه، ولما ذكر الباجي قول ابن حبيب قال: وسمع ابن القاسم: من اشترى جارية فزوجها فولدت عنده، ثم وجد بها عيبًا قديمًا حبسها ولا شيء له، وإما ردها بولدها. وروى محمد بن صدقة[1] في المدنيَّة من اشترى جارية فزوجها ثم وجد بها عيبًا فله ردها مع نقص التزويج والتمسك مع الرجوع بقيمة العيب القديم.

قُلتُ: ظاهر قول ابن ا لقاسم عنده كابن حبيب ولم يتكلم عليها ابن رُشْد في هذا المعنى بحال.

عياض: وقول أبي الفرج ما حدث من غير سبب المشتري، وكان من الله لا يرد له شيئًا، خلاف أصل المذهب.

ونص ابن القُصَّار عن المذهب. وفيها: ذهاب الظفر يسير.

اللخمي: ليس بخفيف في العلي من الجواري، وفيها: وزوال الأنملة في الوخش.

اللخمي: إن كان صانعًا يرغب فيه لصنعته فبطلت لذهاب أنملته مفسدًا.

ابن الحاجب: فيها الوعك أو الرمد والحمى يسير.

ابن عبد السلام: لم أقف على الوعك فيها إنما فيها الرمد والحمى.

قُلتُ: فيها مع الرمد والحمى الصداع، وكل وجع ليس بمخوف، وفي الصحاح: الوعك مغث الحمى، والمغث: ضرب ليس بالشديد يقال: مغثوا فلانًا إذا ضربوه ضربا ليس بالشديد كأنهم تلتلوه وفيها: ذهاب الأصبع من الثالث.

اللخمي: كما قال في الأنملة.

---

[1] محمد بن صدقة أبو عبد الله الفدكي، كان يسكن ناحية المدينة، سمع مالك بن أنس، ومحمد بن يحيى ابن سهل، سمع منه إبراهيم بن المنذر، يعد من رواة الموطأ.
وانظر ترجمته في: التاريخ الكبير: 1/117-118، وجمهرة تراجم فقهاء المالكية: 2/1094-1095 (1081).

الباجي: برء الموضحة والمنقلة والجائفة كعدم حدوثها.

محمد: ولو أخذ لذلك عقلًا لم يرده مع العبد؛ لأنه عاد لهيئته بخلاف قطع اليد.

وروى محمد بن صدقة: يرده ولا يرد عقل الموضحة؛ لأنها لا تعيبه وما شانه من جرح رد ما أخذ فيه.

ابن القاسم: وكذا عقل المنقلة والمأمومة والجائفة لأخذه إلا أن يشين فيرده معه عيسى إن شانه فله رده وما نقصه الشين بسبب أخذه العقل، وإمساكه ولا شيء له من قيمة العيب، ومن اشترى عبدًا به ورم لم يعلمه فزاد عنده، ثم اطلع على عيب في رده بعيب دون غرم أرش جنايته نقلا المازري عن ابن عبد الرحمن وغيره من الشُيُوخ.

وفيها: العمى والشلل من الثالث.

اللخمي عن محمد بن مسلمة: إن عمي أو أقعد أو هرم أو عجفت الدابة، أو انقطع ذنبها فصارت في غير ما يراد منه تعين الأرش.

اللخمي عن محمد بن مسلمة وكذا قطع اليد والشلل والعجف إن لم يرج ذهابه، ولم يذكر اللخمي عن ابن مسلمة إلا ما ذكرته ولم يذكر الشلل إلا إلحاقًا بها ذكر، وذكره ابن شاس وابن الحاجب عنه نصًا، وقول ابن عبد السلام هو أقرب لقولها في الديات من فقأ عيني عبد غيره أو قطع يديه أبطله فيضمن قيمته، ويعتق عليه يرد بأن ذلك مثلة يوجب عتقه فكان الظالم أحق وعلى قوله: هما تناقض.

وفيها: كبر الصغير من الثاني.

اللخمي: وروى محمد له رده وأخذ ثمنه، قال عن محمد: لم يختلف قول مالك في الدابة تعجف أن له ردها ويرد ما نقصها، وتقدم قول ابن مسلمة أنه فوت، وعزاه الصقلي لابن حبيب وابن القاسم.

الباجي: رواه ابن حبيب عن من يرضى من شُيُوخه وعبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة، وفي كون هرم الرقيق من الثاني أو الثالث ثالثها مع قيامه، ورابعها إن هرم عن حالته السابقة كثيرًا وإلا فمن الثالث لها، ولمحمد وأَصْبَغ واللخمي، ونقل ابن الحاجب أنه من الأول وقبوله.

ابن عبد السلام: لا أعرفه، وفي كون بين سمن الرقيق بعد بين هزاله، وبينه بعد

بينه فوتا ثالثها في الهزال للصقلي عن ابن حبيب قوله: أحسن ما سمعت وروايته وعن ابن القاسم.

اللخمي: إن قال أهل المعرفة غيرها السمن كثيرًا فله الرجوع بالأرش، وإن قالوا غيرها الهزال كثيرًا فله ردها وما نقصها.

قُلتُ: بلغوهما في إقالة الطعام أحرويا هنا؛ لأن حق الله آكد.

ابن رُشْد: في لغو السمن وكونه من الثالث أو الثاني ثلاثة لابن القاسم وابن حبيب، والتخريج على الكبر.

الباجي: روى ابن حبيب هزال الرقيق وسمنه لغو، وهزال الدواب يخير المبتاع، وفي سمنها ثالثها إن كان بينًا لروايتي الجلاب مع الباجي عن روايتي أَصْبَغ ونقله عن ابن القاسم وصلاح البدن بغير بين السمن لغو.

اللخمي: اختلف في مريض بيع يصح هل هو فوت يوجب الرجوع بالأرش أو ليس له إلا الرد؟ وهذا قول محمد.

وفي كون وطء الثيب من الأول أو الثاني نقلا الجلاب مع رواية الموطأ وأبي عمر عن ابن وَهْب مع المازري عن ابن حبيب عنه وعن ابن نافع وأَصْبَغ ووطء البكر المنصوص من الثالث، وتخريج قول ابن وَهْب أحروي.

الباجي: قول مالك في وطئ البكر ما نقص من ثمنها يريد، وكانت ممن ينقصها الافتضاض؛ لأن الوخش لا ينقصها ربما زاد فيهن، وقبله المازري ونحوه قولها في المرابحة: لو كانت أمة فوطئها لم يبين إلا أن يكون افتضها هي ممن ينقصها، وأما الوخش التي ربما كان أزيد لثمنها فلا بيان عليه، وفي كون النكاح من الأول أو الثاني. ثالثها من الثالث، للمازري عن أخذه بعضهم من سماع ابن القاسم: من ابتاع جارية فزوجها فولدت أولادًا ثم وجد بها عيبًا قديمًا له ردها بولدها وحبسها ولا شيء له وقاله ابن القاسم وتخريج اللخمي عن قول ابن مسلمة في الفوت بالعمى وما ذكر معه والمشهور مع رواية المدنية، ورد المازري الأول بحمله على جبره بالولد، وعلى المشهور في جبره بالولد قولا ابن القاسم وغيره فيها.

المازري: فأخذ منه السيوري أن الولد غلة كنقل الباجي عن عبد الرحمن بن دينار

عن ابن كنانة فيمن ابتاع شاة حاملا فولدت عنده وأكل سخلتها هو مخير في ردها مع ما نقصها الولادة؛ لأنها كانت ترجى لولدها وإمساكها، وأخذ الأرش ولا شيء عليه في الولد كذهاب السمن خلاف قول ابن القاسم في المدنيَّة إن ردها رد الولد، قد تزيد قيمته على قيمة العيب، وتعقب محمد قول ابن القاسم بأنه قد تكون قيمة عيب النكاح نصف الثمن ولا يسوى فع ولدها دينارًا فردها دون قيمة الولد ظلم، ورده الصقلي بأن مراد ابن القاسم يجبره به إن كان قدر قيمة العيب فأكثر وإن كان أقل رد معه بقية النقص.

قُلتُ: وبه فسره التونسي وابن محرز والمازري قالوا صفة التقويم: أن يقال قيمتها سليمة مائة، وبعيب التدليس ثمانون، ثم إن كان قيمتها به وبعيب النكاح والولد ثمانين فقد جبر الولد عيب النكاح وإن كانت سبعين خير في إمساكها مع رجوعه بعيب التدليس وهو خمس الثمن وردها مع ما نقص عنده وهو العشر، وفي رواية فيها قال أشهب: بدل غيره، وعزوه ابن عبد السلام لمالك فيها لا أعرفه، ونصها: الجبر عيب نكاحها بالولد في نكاح مالك قال: نعم؛ لأن مالكًا قال: ربما ردها وولدها وقد زاد في ثمنها فهذا يدل أنه يجبر به عنده، وفي كتاب الوديعة ما نصه وقاله مالك: فيمن رد أمة ابتاعها بعيب وقد زوجها فولدت يجبر نقص النكاح بالولد كما يجبر بزيادة قيمتها والنكاح ثابت.

ابن الحاجب: النكاح من الأول منصوصًا لا أعرفه، لغير ابن شاس.

المازري: ورد أخذ السيوري بأنه لو كان غلة ما جبر به العيب؛ لأنه غير عين وقيمة العيب إنما هي عين فالجبر به يوجب كونه كعضو منها وبأنه يجبر به، ولو زاد على أرش العيب وجه اللخمي الجبر بأنه لرفع ضرر عيب النكاح بالولد كما قيل فيمن اطلع على عيب بعد بيع المبيع بمثل الثمن لا رد له.

المازري: ويجب عليه جبره بنماء الجارية ورد القول بأن الولد غلة بأنه لا خلاف أن ولد الحرة من العبد حر وولد الأمة من الحر عبد، وولد المعتق بعضها والمعتقة لأجل والمكاتبة والمدبرة بمنزلتها، ولو كان غلة ما كان كذلك.

قال المازري: وعندي أن الجبر بالولد؛ لأنه عن عيب النكاح فكأنه يجبره لم يكن

ومقتضاه أن لا يجبر به عيب غير النكاح، وفي الموَّازيَّة يجبر به عيب غير النكاح وبه ترد حجة أشهب على ابن القاسم بعدم جبره بالنماء.

قُلتُ: قوله: به ترد حجة أشهب يقتضي أن ابن القاسم يوافق أشهب في عدم جبره بالنماء، وقال ابن محرز: زيادة البدن.

ابن القاسم: يلتزم ذلك فيها ويجبر بها العيب كالولد، وحملوا قولها في الوديعة يجبر النكاح بزيادة قيمتها على زيادتها بنماء بدنها، وكذا رواه ابن شعبان.

اللخمي: موت الولد كعدم ولادته.

المازري: إن قيل: رده قائمًا يوجب كونه كيدها فموته كذهاب يدها فيرد قيمته كرد قيمة يدها قيل: ليدها حظ من ثمنها لوجودها يوم الصفقة، ولا حظ للولد منه لعدم وجوده يومئذ.

قُلتُ: سبقه به التونسي.

اللخمي: إن ماتت الأم دون الولد فقال ابن القاسم: كموتهما يرجع بقيمة العيب، وقال أشهب: يخير البائع في دفع قيمة العيب وتخيير المشتري في حبس الولد ولا شيء له ورده، وأخذ الثمن ولما ذكر المازري قول أشهب قال: الحكم في عيب حدث عند المشتري أن المشتري يبدأ بالتخيير وفي مسألة الولد خير أشهب البائع، وأجاب بأنه خير البائع هنا لفوت المبيع، وقال بعض المتأخرين: ابن القاسم لا يخالف أشهب في هذه المسألة؛ لأنه ذكر في المدَوَّنة في باب بعد هذا هذه المسألة، وقال: يأخذ المشتري قيمة العيب إلا أن يشاء البائع أن يسترد الولد فقط، ويرد جميع الثمن فيخير المشتري في قبول هذا منه أو تمسك الولد ولا شيء له من قيمة العيب فقدر هذا أن الجواب الأول مطلق وهذا مقيد، فيرد المطلق إليه وأنكره غيره من المتأخرين وقال: قال سَحنون عقيب هذا: هذا مذهب أشهب، فلا ينبغي إضافة هذا لابن القاسم، وأجاب غيره عن هذا بأن مراده بقوله: هذا مذهب أشهب أي: هذا النوع قاله ابن القاسم مثل مذهب أشهب.

اللخمي: وإن بيعا فذكر ما تقدم لابن القاسم وأشهب في بيع المعيب، قال: وقال ابن القاسم: إن بيع الولد أو قتل رد الأم وما أخذ من ثمن الولد أو قيمته بخلاف

المفلس يبيع الولد ثم يجد البائع الأم لا شيء له فيما بيع من ولده.

وقال أصبغ: في الولد يرد من ثمنه قدر قميته كأنه اشتراه مع أمه مولودًا.

قُلتُ: قول أَصْبَغ في الرد بالعيب حسبما بينه المازري والصقلي قال: قال ابن الموَّاز: يرد جميع ما أخذ في الولد وقاله ابن القاسم وأشهب ولا يعجبنا قول أصبغ.

الصقلي: معنى قولهم: يرد ما أخذ في الولد أي: يقاصص البائع بما أخذ في الولد إن كان الثمن عيبا وإن كان عرضًا لم يفت رده، والفرق بين التفليس والرد بالعيب: أن المبتاع في الرد بالعيب مخير، وفي التفليس مجبور لقوله ﷺ: **«أيما رجل فلس فأدرك البائع ماله بعينه فهو أحق به من غيره»**[1]، فدل أن ما فات فلا حق له فيه، والولد قد فات، وذكر المازري مسألة التفليس احتجاجًا للسيوري، وقال: روى محمد: من ابتاع أمة فزوجها فولدت عنده وباع ولدها ثم **فلس** فللبائع أخذ الأمة دون ما أخذ المشتري من ثمن الولد قال: لأن الولد غلة فقد نص على أن الولد غلة: واعتذر بعض المتأخرين عن هذا فذكر ما تقدم للصقلي من التفريق وزاد وأشير أيضًا إلى فرق آخر، وهو أن البائع إنما يحاصص بثمن الأم فكذا إن عدل عنه ليس له إلا أخذ الأم.

قُلتُ: فلا يأخذ الولد وإن كان قائمًا قال المازري: التحقيق إن قيل الولد غلة أن لا يرد في عيب ولا تفليس ولا ثمنه، ولما كان ما في الموَّازِيَّة من أوضح دليل للسيوري، لذكره أن الولد غلة دعا هذا بعض أشياخي أن قال: لم يرد أنه غلة في سائر أحكام الغلة إنما أراد أن الأمة إن ردها في التفليس بعينها قدر أن الولد لم يكن كما لو أصابتها موضحة أخذ لها أرشًا ولم تنقصها فإنه لا يرد ما أخذ من أرشها، ومقتضى قول شيخنا هذا أن لا يرد الولد وإن كان قائمًا.

اللخمي: ولو قتلا أو قتلت دون الولد رجع على قول ابن القاسم بقيمة العيب وعلى قول أشهب لا شيء له إن أخذ مثل الثمن، وإن أخذ أقل رجع بالأقل من قيمة

---

(1) أخرجه البخاري: 47/5 في الاستقراض، باب إذا وجد ماله عند مفلس في البيع والقرض، ومسلم: رقم (1559) في المساقاة، باب من أدرك ما باعه عند المشتري وقد أفلس، ومالك في الموطأ واللفظ له: 678/2 في البيوع، باب ما جاء في إفلاس الغريم.

العيب أو تمام الثمن إن قتلا وإن قتلت وقيمتها أقل فله أن يعطيه قيمة العيب أو يخيره بين أن يسلم الولد ويتم له الثمن أو يمسكه، ولا شيء له وإن قتل الولد دونها وفي قيمته ما يجبر عيب النكاح خير في تماسكه ولا شيء له أو يرد ويحاسب بالولد وإن لم يجبر فله أن يمسك ويأخذ قيمة العيب أو يرد ويغرم ما نقص العيب بعد الولد، واستحسن إن فات الولد ببيع أو قتل أن يمسك ويرجع بالعيب مطلقًا كالصغير يكبر.

ابن رُشْد: في كون زيادة الولد لغوا، وإيجابه تخيير المبتاع قولان، لسماع عيسى ابن القاسم، إن أحب أمسك ولا شيء له في العيب أو ردها بولدها أو ثمنهم إن كان باعهم وسماعه، موسى يخير بين ردها بولدها أو ثمنهم إن باعهم أو يمسك ويرجع بقيمة العيب، وقول أَصْبَغ إن باع الأولاد رد الأم وأخذ حصتها من الثمن كأنها بيعت معهم بعيد، وفي كون كبر الصغير من الثاني أو الثالث قولان لها، ولابن حبيب، مع روايته ولا فرق بين زيادة الولد والكبر فيكون في كل منهما ثلاثة أقوال.

وفيها: تعليم العبد والأمة صنعة تزيد في الثمن لغو.

ابن رُشْد: اتفاقًا كإفادتهما الأموال.

اللخمي: اختلف في تعليمهما الصنعة، ففي الموَّازية: لغو، وقال في المبسوط: إن غرمت الزوجة في تعليم الأمة المهر فطلقت قبل البناء فعلى الزوج نصف ما غرمت، وهذا أحسن، فعليه يخير المشتري في التماسك مع أخذ الأرش أو يعطيه المشتري ما غرم من أجره أو يباع فيكون له ما زادت الصنعة على الثمن الأول فإن لم تزد شيئًا فله الرجوع بقيمة العيب لئلا يضيع عمله، وقد قال ابن القاسم: من نقل طعامًا غصب لبلد لقيه المغصوب منه به ليس له أخذه منه لئلا يضيع عمله، فالمشتري أحرى، ورده المازري بأن غرم الزوج لعله على القول بأنه بالطلاق شريك يرجع بنصف غلة المهر وخرجه التونسي من قول الموَّازيَّة من ابتاع عبدًا باعه، القاضي بعد عتقه ربه عديمًا لدينه ثم أيسر المدين ثم أعسر فاطلع مبتاعه على عيب قديم له حبسه والرجوع بأرشه؛ لأنه إن رده عليه عتق بيسره الطارئ ولا يجد ثمنًا يأخذه لعسره الثاني بعد اليسر المذكور، وعزاه المازري لبعض الأشياخ ورده وأجاب بأن ضرر عدم الرجوع بالثمن ناشيء عن الرد، وعدم أجر الصنعة ليس كذلك.

قال: وقال بعض الأشياخ: غرم قبالة السلطان على شراء ما يشتري يوجب رجوع المشتري بالأرش وخرجه بعضهم على غرم أجر الصنعة، قال: وقال بعضهم إن ادعى في حمل سلعة ثقيلة أجرًا فله الرجوع بالأرش وخرجه بعضهم على غرم أجر الصنعة. الشَّيخ عن الموَّازية: من سافر بعبد ابتاعه فاطلع على عيب به فأشهد عليه وباعه، فإن كان ببلد لا سلطان فيه أو يعسر تناوله رجع ببقية ثمنه، وإلا فإن لم يرفع إليه حتى يقضي له برده ويبيعه فلا شيء له وتمام حكم النقل في التدليس.

☙ ❧

[باب فيما يهدر في حق المدلس بسبب تدليسه]

وما حدث بمبيع بسبب ما دلس به فيه أو حين فعله المبيع أو من معتاد فيه هدر فيها مع غيرها كالتدليس بالمرض فيموت منه أو بالسرقة فيسرق فتقطع يده فيموت من ذلك أو بالإباق فيأبق فيهلك[1]، ولما ذكر اللخمي الموت من المرض قال: وقال في الموَّازية: ومن يعلم أنه مات منه وكذا الأمة يدلس بحملها فتموت من النفاس، قال في المدَوَّنة: هي من البائع، وقال أشهب: لو علم أنها ماتت من النفاس كانت من البائع، والأول أحسن؛ لأن ذلك يعرف كالسل والاستسقاء يدوم بصاحبه حتى يموت.

قُلتُ: قوله: قال في الموَّازيَّة يريد به مالكا صرح به الشَّيخ في النوارد قالا: عن ابن دينار: إن هلك في إباقه ففيه قيمة عيبه فقط إلا أن يلجئه الهروب للعطب كالنهر يقتحمه أو مهواة يتردى بها أو دخول مدخل تنهشه حيَّة به، وأخذ ابن الماجِشُون بقول مالك وأصحابه؛ لأنه في الإباق ضمنه حين دلس به، وسمع ابن القاسم: إن قال مبتاع عبد دلس بإباقه أبق وقال بائعه: بل غيبته، صدق مبتاعه مع يمينه.

ابن رُشْد: كقول ابن سَحنون في دعوى إباق العبد أو الأمة في عهدة الثلاث.

وقول ابن الحاجب: حادث بيع التدليس إن كان من التدليس كقطع يده بالسرقة، وقتله من حرابته وموته من حمى أو كان سماويًا فهدر يقتضي لو دلس فيه بسرقة فمات بسماوي ضمنه بائعه وليس كذلك فإن كان مراده التنبيه على خلاف قول ابن دينار، فليرد حين اتصافه بما به التدليس.

وفيها: إن قطع الثوب سراويلات أو أقبية والجلد خفافًا أو نعالًا فهدر، وكذا سائر السلع يعمل بها ما يعمل بمثلها.

قُلتُ: انظر لو عمل به ما لا يعمل ببلد التبايع وهو يعمل به في غيره والأظهر إن كان المبتاع غريبًا أو ممن يتجر بها يسافر به إنه كمعتاد.

---

[1] قال الرَّصاع: قال ما معناه ما حدث بمعيب بسبب ما دلس به فيه أو حين فعله المبيع أو من معتاد فيه مثال الأول إذا دلس بحملها فماتت من النفاس وكذلك إذا تصرف المشتري في قطع الثوب بمعتاد انظره وتأمل كلام ابن الحاجب مع ما هنا، والله أعلم.

وفيها: فعل ما لا يفعل في مثله كقطع ثوب الوشي تباين فوت يرجع البائع إلى الأرش، وثبوت التدليس في الواضحة بأن يثبت علم البائع بالعيب حين البيع، وفيها معها: إن علمه ونسيه حين البيع فليس بمدلس.

وفيها: إن ادعى مشتري الثوب بعد قطعه تدليس بائعه فقال: علمته وأنسيته حين البيع حلف أنه نسيه وكان له نقص قطعه.

عبد الحق: روى محمد إنما يحلف إذا اختار المشتري الرد لا التماسك وزيادة ورم عبد بعد بيعه دلس به لغو، وفي كون غير المدلس به كذلك متقدم قولي ابن عبد الرحمن وغيره واحتج بها المازري على لغو قطع يد عبد عند من ابتاعه بشرط سرقة حكم بقطعه لها.

قُلتُ: في صحة بيعه بهذا الشرط نظر والأظهر أنه كذي المرض المخوف وتقدم، ولو هلك بتدليس بائعه على بائعه ففي أخذ الثالث ثمن الأول، وفضله على ثمنه ونقصه عن قدر العيب من ثمنه للثاني، وعليه وأخذه منه القدر فقط وباقيه للثاني، ثالثها يأخذ من الأول ما يجب للثاني عليه الأقل من قدر العيب من ثمن الثالث، أو قدره من ثمن الثاني أو بقيته، للمازري عن ابن القاسم وأَصْبَغ ومحمد قال: بناء على تأثير التدليس في البيعتين أو الأول فقط ولغوه.

قُلتُ: الأول سماع يحيي ابن القاسم وفيه إن كان الأول عديمًا رجع الثالث على الثاني بقدر عيبه من ثمنه فقط، وتبع الأول بتمام ثمنه.

ابن رُشْد: لو أيسر الأول فلم يتبعه الثالث ببقية ثمنه لم يكن للثاني عليه إلا قدر قيمة العيب إذ لا طلب له بتدليسه، إذ لم يطالبه به الثالث، ونقل باقي الثلاثة الأقوال قال: والرابع قول التونسي القياس أن يرجع الآخر بقيمة عيبه، ويرجع المدلس عليه على المدلس بقيمة عيبه من ثمنه أو بأقل على القول الآخر.

قُلتُ: قال التونسي: لأن بقية الإعطاء أخذ لها ثمنًا فأشبه موتها عنده بغير عيب التدليس.

ابن رُشْد: والقياس عندي جعل هلاكه من المدلس ونقض البيعان معًا فإن كان ثمن المدلس مائة، وباعه الثاني بمائة وعشرين، أخذت المائة من المدلس والعشرون من

الثاني للثالث ولو باعه الثاني بثمانين دفع له من المائة عشرون، ولما ذكر الصقلي قول ابن القاسم قال: ولسَحنون إن قصر ثمن الأول عن ثمن الثالث رجع على الثاني بالأقل من تمام ثمنه أو من قيمة العيب من ثمنه وقول ابن القاسم أبين وقول سَحنون؛ لأن الأول بتدليسه كما لو قتله يغرم قيمته للثالث فيرجع بالأقل من تمام ثمنه ومن قيمة العيب منه وعزا قول أَصْبَغ لابن القاسم أيضًا.

قُلتُ: فالأقوال ستة ثلاثة للمازري وثلاثة للتونسي وابن رُشْد وسَحنون.

قال ابن عبد السلام: قول ابن الحاجب، وقال أصبغ: يرجع على الأول بقيمة العيب ويأخذ من الثاني بقية الثمن يعني: أن الثالث يأخذ من الأول بقية الثمن ولا أدري وجه هذا القول فإن الثاني لم يدلس على الأول.

قُلتُ: في بعض النسخ إسقاط من قبل لفظ الثاني وهو الصواب وزيادة من وهم أو غلط ناسخ.

وقال ابن الحاجب: قال محمد: يرجع الثالث إما على الثاني بالأرش فيكون على الأول للثاني الأقل مما غرم وكمال الثمن الأول وأما على الأول بالأقل من الأرش وكمال الثمن الأول فلا يكون على الأول للثاني شيء قلت: وهذا خلاف ما نقله المازري عن محمد ومثله نقل عنه ابن شاس أنه يرجع على الأول من ثلاثة أقدار بقية ثمن الأول وقدر العيب منه وقدر العيب من ثمن الثاني وكمال الثمن الأول في لفظ ابن الحاجب يحتمل أن يريد به بقيته كما صرح به المازري والصقلي ويحتمل أن يريد به جميعه وهو ظاهر تقريره ابن عبد السلام بقوله: إذا غرم الثاني للثالث رجع الثاني على الأول بالأقل مما غرم؛ لأنه لولا الغرم لما توجه له عليه رجوع، ومن كمال الثمن الأول؛ لأن قصارى أمره أن يكون العبد هلك عند الثاني ولو هلك عنده لما كان عليه إلا الثمن الذي أخذ منه وقد ينتفي في بعض صور المسألة بقية ثمن الأول، كما لو اشتراه بعشرة وباعه بأربعين وقدر العيب من الثمن الثاني الربع، وذكر الصقلي قول محمد بلفظ فيه غلط، وصححه بمثل ما تقدم.

المازري في جناياتها: إن سرق عبد من مبتاعه وقد دلس عليه سرقته فرده بذلك في ذمته إن عتق يومًا ما، ولو رده بعد سرقته من أجنبي ما لا قطع فيه فهي جناية في رقبته.

اللخمي: عن ابن سَحنون: من اطلع على عيب في خشب أو مطاحن دلس به بائعها بعد أن بان بها مبتاعها.

قال بعض أصحابنا: عليه كراء ردها، وقال بعضهم: هو على بائعها؛ لأنه غره وهو أحسن، وأرى عليه غرم كراء توصيلها لدار مبتاعها ويختلف إن لم يدلس.

قال ابن حبيب: من نقل ما في رده لبائعه غرم كثير رفعه لسلطان بلد النقل فيسمع بينته على شراء الإسلام، وعهدته يريد في الجارية فيأمر ببيع ذلك على بائعه، له فضله وعليه نقصه، وعلى هذا إن نقلت في البلد قبضها حيث نقلت وإن لم يدلس وعلى ما ذكره ابن سَحنون نقله لبلد آخر فوت يرجع مشتريه بقيمة العيب لا يلزم بائعه قبوله في البلد الآخر وهو أحسن إلا أن يكون المبيع دابة أو عبدًا لا كراء في رجوعه والطريق آمنة فلا يكون نقله فوتًا ولو وجد البائع حيث ما نقل ماله حمل ففي لغو قول المشتري أمسك وأرجع بقيمة العيب إن قبله بائعه قولان للتخريج على قول ابن حبيب، ورواية أبي قرة، وهي أحسن وإن لم يكن له حمل، فالمقال لبائعه إن لم يكن الطريق آمنًا، وإلا فلا مقال لواحد منهما، وإن دلس البائع وعلم أن المشتري ينقله فللمشتري جبره على قبوله في محل نقله ولا يراعى حمل ولا خوف طريق، وإن كان مثلياً فللمشتري حبسه ويغرم مقله مبيعا حيث اشتراه وجبره البائع على قبوله حيث نقله إن كان مدلسًا.

وفيها: لو فعل في الثوب ما زاد في قيمته فله حبسه، وأخذ الأرش ورده فيكون بما زادت الصنعة شريكًا لا بقيمتها ولا بما أدى دلس أم لا.

الصقلي: قول القابسي: القيمة في الزيادة يوم الحكم؛ لأن برده انفسخ البيع خلاف قولهم: إذا نقص فأراد رده أن القيمة يوم البيع فكذا إذا زاد ولا فرق بينهما، وعزا المازري قول القابسي لمحمد فقط؛ لأن الزيادة لم تقع فيها معاقدة بين المتبايعين وذكر قول الصقلي ولم يتعقبه، وتعليل محمد فرق واضح بين الزيادة والنقص، وذكر ابن محرز عن بعض المذاكرين مثل ما اختار الصقلي.

اللخمي: المعتبر في الزيادة والنقص يوم البيع إن نقصه ذلك يوم البيع غرم النقص وإن كان يوم الرد لا ينقص وإن كان يزيد ذلك اليوم، وينقص اليوم برئ المشتري من النقص؛ لأنه لو رده ذلك اليوم لم يغرم المشتري ذلك شيئًا ولا شارك الآن بشيء إذ لا

فضل فيه الآن، وإن كان فيه زيادة يوم الرد كان شريكًا بالأقل من الزيادة يوم البيع أو اليوم.

المازري: مشهور المذهب أن الشركة بما زاد الصبغ، وقيل فيمن استحق من يده ثوب اشتراه وقد صبغه، وأبى المستحق أن يدفع له قيمة الصبغ وأبى هو أن يدفع للمستحق قيمة ثوبه غير مصبوغ أنهما شريكان هذا بقيمة صبغه وهذا بقيمة ثوبه.

فأجرى بعض المتأخرين هذا في مسألة العيب وإن البائع يبدأ بالخيار كالمستحق، وخرج بعض أشياخي في مسألة العيب الشركة بقيمة الصبغة، وذكر أنه قيل.

قُلتُ: ما ذكره عن بعض المتأخرين عزاه ابن محرز لبعض المذاكرين قال: والصواب تأخير ذلك عن تخيير المشتري في التماسك والرجوع بقيمة العيب.

المازري: فرق بعضهم بين الصبغ في العيب والاستحقاق، بأن المستحق منه مجبور على أخذ الثوب منه مصبوغًا فوجب إعطاؤه قيمة ما أجبر على تسليمه والمبتاع في العيب مخير في صون صبغه بالرجوع بأرش العيب، وقال أَصْبَغ في عامل القراض: يصبغ ثياب القراض بمال نفسه يكون شريكًا بما أدى؛ لأنه كالمأذون له في ذلك من رب المال، وعزا الباجي الفرق المذكور لعبد الحق، وقال: هذا ليس بالبين؛ لأنه لا يجبر على الشركة إن رضي بدفع ثمن الثوب كواجد العيب إن رضي بإمضاء البيع لم يجبر على الشركة، والأظهر أنه إنما ثبت له في الشركة قيمة ما لصاحبه أن يخرج عنه الآخر يدفع قيمته إليه، فلما كان في الاستحقاق له دفع قيمة الصبغ شاركه عند الإباية به، وفي مسألة العيب ليس للبائع دفع قيمة الصبغ ليخرجه عنه فلم يثبت للصبغ قيمة بانفراده، وليس للمشتري رد الثوب بالعيب ناقصًا عما اشتراه، فلو شاركه بقيمة الصبغ وكان أكثر مما زاد على قيمة الثوب كان قد رده ناقصًا بالنقص الذي أحدثه الصبغ ولم يرد إليه ذلك النقص فلذا جبره بالنقص وشاركه بما زاد.

قُلتُ: ما عزاه المازري لأَصْبَغ في عامل القراض وهو قول ابن القاسم في المدَوَّنة. وفيها: للغير بقيمة الصبغ.

أبو عمران: الشركة بالصبغ في خمس: مسألتا العيب، ومن ألقت الريح ثوبه في قصرية صباغ بما زاد، ومسألتا الاستحقاق، ومن فلس بعد صبغه ثوبًا اشتراه فأخذه

بائعه بقيمته، ومسألة القراض بها ودى، ولا شركة في ثلاث من صبغ ما غصب لزمه أخذه مجانًا أو قيمته، ومن دفع ثوبًا لمن اشتراه منه بان أنه غيره بعد صبغه إن لم يدفع بائعه قيمة صبغه غرم له قابضه قيمته أبيض والقصار يخطئ كذلك، ومن صبغ ثوب رجل فلس فله ما زاد الصبغ فيه.

وفيها: من اشترى ثوبًا فقطعه أو صبغه ثم ظهر على عيب تدليس فله حبسه وأخذ أرش العيب.

ابن محرز عن أصبغ: ليس له ذلك في قطعه؛ لأن له رده دون غرم فحملها بعض المذاكرين على قول أَصْبَغ ومحمد ورد جوابها للصبغ فقط، ورده ابن شاس لهما على أنه أدى للقطع أجرًا كالديباج في الصنائع يحتاج لتخليصها في قطعه وتبعه التونسي والصقلي والمازري: قول بعضهم الجواب للصبغ فقط تعسف، وجواب ابن مناس. أشار بعض أشياخي إلى أنه إنما يصح على أحد القولين فيمن أدى ثمنًا في تعليم العبد، ويمكن أن يقال الغالب في القطع أن يفصل والغالب في التفصيل أن يغرم فيه أجر، ولو رد صحيحًا لأدى في تفصيله أجرًا فيجب اعتباره، بخلاف تعليم العبد.

الصقلي: قال بعض شُيُوخ إفريقية: قول مالك أولى؛ لأن القطع فوت في غير المدلس يرده وما نقصه القطع أو يرجع بقيمة العيب فإذا دلس فلا يكون أحسن حالًا ممن لم يدلس حكمهما سواء إلا أنه يرد ولا يلزمه نقص القطع.

الصقلي: هي الحجة التي أوجبت أن لا يرجع بقيمة العيب؛ لأنه كمن لم يحدث عنده عيب، وكما لو قال له البائع في عيب حدث عنده رده ولا شيء عليك لم يكن له أن يرجع بقيمة العيب.

قُلتُ: ما ذكره لبعض شُيُوخ إفريقيَّة عزاه المازري لبعض شُيُوخه بزيادة والظالم أحق أن يحمل عليه، قال: وهذا يهدم ما أصلناه من أن علة تمكين المشتري من طلب قيمة العيب الضرر الذي يلحقه بالخسارة، وعلى هذا الأصل يجري حكم من دلس في بيع بكر فافتضها مشتريها ثم اطلع على عيبها.

قال ابن الكاتب: لا شيء عليه في اقتضاضها كقطع الثوب؛ لأنه كالإذن فيه بتدليسه، والرواية وجوب غرمه.

وقال بعض أشياخي: إن قلنا أن الافتضاض ينتفع به المشتري كما ينتفع باللباس، وجب غرم قيمته وكان غيره من أشياخي يقول في الاختلاف في إلزام الولد تزويج أبيه الفقير، سببه الاختلاف في ا لوطء هل هو كالأقوات أو كالتفكهات.

ابن محرز: لو خاطه كان حكمه كالصبغ قالوا: إن أراد رده قوم غير مقطوع ولا مصبوغ ثم مخيطًا أو مصبوغًا، فيكون شريكًا بما زادته الخياطة والصبغ يوم الحكم فجبروا القطع ببعض الخياطة والقياس أن يقوم مقطوعًا ثم مخيطًا فينظر لما زادته الخياطة والصبغ يوم الحكم فيكون بها شريكًا، ويرد قيمة القطع ويجري على هذا لو أصابه عيب مفسد، وقد صبغه أن يقوم صحيحًا، ثم معيبًا مصبوغًا فما زادت قيمته شارك به.

ويحتمل أن يفرق بأن القطع تفريق يزيله اتصال الخياطة، والصبغ غير العيب المفسد، وقالوا: من شق ثوبًا يرفوه ثم يغرم ما نقصه فجعلوا اتصال الرفو يجبر تفريق القطع.

المازري: تردد التونسي في جبر القطع بالخياطة، وتقدم قولنا في جبر عيب النكاح بالولد وما قيل فيه.

قُلتُ: الولد والسمن سماويان والصبغ والخياطة كسبيان، فالجبر بهما أحروي.

عبد الحق عن أصبغ: لو قال بائعه أسقط نقص القطع وأغرم أجر الخياطة ليسقط حق مبتاعه في حبسه، والرجوع بقيمة العيب، لم يكن له ذلك إذ لا حق له في أخذ صنعته كرهًا.

قُلتُ: لفضل في اختصار الواضحة جعل ابن القاسم الخياطة عينًا قائمة مرة، ومرة لم يجعلها كذلك.

قال: وفي الجعل من المدَوَّنة: من قال في ثوب مخيط بيد صانع سرق مني أو قال سرقته مني، وقال الصانع: بل استعملتنيه يحلفان ولربه إعطاء الخياط قيمة خياطته وأخذ ثوبه فإن أبى فالآخر إعطاء قيمة ثوبه غير مخيط فإن أبى كانا شريكين فجعل الخياطة عينًا قائمة.

وقال في تضمين الصناع منها في القصار: يدفع للرجل غير ثوبه، فيقطعه ويخيطه

لربه اتباع القصار بقيمته وتبقى التبعية بين القُصَّار ومن خاطه، وله أخذ ثوبه ممن خاط بعد دفع قيمتها.

قال فضل: زاد عبد الجبار عن سَحنون، فإن أبى قيل لمن خاطه إن شئت أعطه قيمة ثوبه وإلا فأسلمه له مخيطًا، وساق ابن أبي جعفر عن ابن القاسم ما دل على هذه الرواية فلم يجعلها عينًا قائمة.

[باب في قدر مناب العيب القديم من ثمن المعيب]

وقدر مناب العيب القديم من الثمن المعيب جزأه المسمى للخارج من تسمية فضل قيمته سليمًا منه على قيمته معيبًا به يوم ضمان المبتاع المبيع من قيمته سليمًا[1].

المازري: فيعتبر وقت ضمان ذات المواضعة والغائب والمحبوسة بالثمن والفاسد اتفاقًا واختلافًا.

[باب في قدر الحادث من العيب في المبيع]

وقدر الحادث منه الجزء المسمى للخارج من تسمية فضل قيمته بالقديم على قيمته

(1) قال الرَّصاع: قوله: (جزؤه المسمى للخارج) الضمير يعود على ثمن المعيب والمسمى صفة بمعنى النظير وللخارج متعلق بالمسمى ومن تسمية يتعلق بالخارج وضمير قيمته يعود على المعيب وضمير منه عائد على العيب وعلى قيمته يتعلق بفضل وبه يعود على العيب ويوم ضمان معمول للقيمة ومن قيمته متعلق بالتسمية ومعنى ذلك إذا أراد المشتري التمسك بالمعيب بعد حدوث عيب عنده إما مفيت أو متوسط، فإنه يقوم سليما ويقوم معيبًا، ثم يؤخذ فضل ما بينهما وهو فضل السالم على المعيب ويسمى من قيمة السليم ومثال ذلك أنا إذا قومنا مثلا العبد المشترى بستة دنانير باثني عشر دينارا سليما ثم قومناه معيبا يوم ضمان المشتري له لا يوم العقد فوجدناه ثمانية فوجدنا ذلك ثلثا فهذا الجزء يؤخذ مثله من الثمن وهو ديناران. قال المازري: فيعتبر وقت ضمان ذات المواضعة والغائب والمحبوسة بالثمن ولا يراعى وقت العقد وهو ظاهر، وهذا إنما هو فيما ذكرناه إذا حدث عيب عند المشتري وأما إذا لم يكن عيب فلا شيء له إذا تماسك أو كان عيب خفيف، وقد ذكر: ثلاثة ضوابط هذا الأول هذا في قدر الحادث من العيب الأول في حق المشتري والثاني في حق البائع إذا رد المشتري عليه، فإنه يطلبه بما نقص عنده والثالث في معرفة الزيادة التي زادها المشتري ليكون شريكا بها مع البائع فتأمله.

بهما من قيمته بالقديم فقط[1]، وفي كون قيمته بالحادث يوم ضمانه أورده قولا المشهور، وابن المعذل بناء على إمضاء البيع في الذاهب من المبيع بالحادث لضمانه المبتاع به، وفسخه فيه لفسخه في المردود.

والصقلي عن بعض القرويين: لو رأى ابن المعذل كلام ابن القاسم ما خالفه لظهور صوابه، وهو كطعام أكل بعضه واطلع على عيب لباقيه فإنه يرد باقيه ويمضي ما أكل بحصته من الثمن.

قُلتُ: لعله يخالف أيضًا في الطعام ويأتي نحو هذا في مسألة مشتري ثوبين بعبد يطلع على عيب بأعلاهما بعد فوت أدناهما.

[باب معرفة قدر زيادة زادها المشتري في المبيع]

وقدر الزيادة الجزء المسمى بخارج من تسمية فضل قيمته معيبًا مع ما زيد عليه على قيمته معيبًا دونه من قيمته معيبًا مع ما زيد عليه[2]، فلو اجتمع قديم وحادث

---

[1] قال الرَّصاع: قوله: (قدر الحادث منه) أي: من الثمن وذلك في معرفة ما يجب للبائع من مقاصة المشتري بما له نقص في مبيعه وضمير قيمته يعود على المبيع وعلى قيمته يتعلق بفضل وضمير بهما عائد على القديم الحادث ومن قيمته يتعلق بتسمية وقوله فقط تقدم مرارا معنى ذلك على أن من اشترى سلعة على أنها سليمة، ثم وجد بها عيبًا قديمًا ثم حدث عند المشتري عيب لا يوجب الفوات فأراد الرجوع على البائع وطلب البائع منه ما نقص عنده الحادث فذكر الشَّيخ: ما يعرف به قدر الحادث. قال: فيقوم المبيع على أنه سالم باثني عشر ثم يقوم على أنه معيب بثمانية ثم يقوم على أنه بالعيبين بستة فما نقصته القيمة الثالثة عن الثانية وهو ديناران نسب إلى القيمة الأولى وذلك السدس فبذلك يرجع البائع على المشتري هذا معنى كلامه فتأمله.

[2] قال الرَّصاع: هذا في حق المشتري ومن تسمية متعلق بالخارج كما تقدم وضمير قيمته يعود على المبيع ومعيبا حال، وعلى متعلق بفضل وضمير دونه يعود على ما زيد عليه، ومعنى ذلك أنا إذا سمينا فضل قيمة المبيع معيبا مع قيمة ما زاده المشتري على قيمته معيبًا دون زيادة عليه من قيمته معيبا مع ما زيد عليه ثم أنه: ذكر مثالا يشمل الثلاثة مسائل، ولذا قال: فلو اجتمع قديم وحادث زيادة في مبيع بمائة وعشرين إلخ معناه أن ذلك في مبيع بمائة وعشرين اجتمع فيه عيب قديم وعيب حادث وزيادة فيه زادها المشتري كصبغ وغيره فقيمته سليما مائة وقيمته بالعيب القديم ثمانون وقيمته بالحادث سبعون.

وزيادة في مبيع بمائة وعشرين وقيمته سليمًا مائة وقيمته بالقديم ثمانون وقيمته بالحادث سبعون فقدر القديم من الثمن خمسه، وقدر الحادث منه مسقطًا منه مناب العيب القديم ثمنه وغير مسقط منه عشرة، فإن كانت قيمته مع زيادته سبعين فلا أثر لها، وإن كانت ثمانين فعلى الجبر بها يسقط الطلب بالحادث إن رد المعيب، وعلى عدم الجبر به يغرم قدره من الثمن ويكون شريكًا في المعيب بثمنه.

اللخمي: إن قطع الثوب مبتاعه وخاطه ثم اطلع على عيب به قديم إن أحب الرجوع بقيمة العيب اتفق المدلس وغيره، وإن أحب رده افترقا، فالمدلس لا يرد له في القطع شيئًا وكان شريكًا بالخياطة يوم الرد فيقوم اليوم قيمتين يقوم مقطوعًا معيبًا غير

قال: فقدر العيب القديم من الثمن خمسة؛ لأن عشرين من المائة خمس فيرجع بخمس الثمن يعني في الصورة الأولى في حق المشتري وقدر العيب الحادث من الثمن بعد أن أسقط منه مناب العيب القديم ثمنه؛ لأن عشرة من ثمانين ثمن وهو فضل قيمته بالقديم على قيمته بهما من قيمة القديم وهذا في حق البائع كما قدمنا.

(فإن قلت): وما معنى قوله: وغير مسقط عشرة.

(قُلتُ): معناه إن وقع إسقاط مناب العيب القديم من الثمن فنسبة مقدار العيب الحادث منه ثمنه وإن لم يسقط فالنسبة عشر وأشار بالترديد إلى أن المؤدى واحد في الاعتبارين معا وكل صحيح، ثم أن الشَّيخ قال: فإن كانت قيمته مع زيادة إلخ وهذه الصورة الثالثة وأشار بذلك إلى أن الزيادة من المشتري إما أن تزيد على قيمة النقص أم لا، فإن لم تزد فلا جبر فيها كما إذا كانت سبعين مع الزيادة ودونها وإن كانت ثمانين فإذا قلنا بالجبر فيسقط الطلب بالعيب الحادث لجبرانه إن رد المبيع وهو قول جماعة وأن الصنعة يقع الجبر بها للعيب والقول بعدمه وقع في كلام التونسي: ولذا قال وعلى عدم الجبر يغرم قدر ذلك من الثمن ويكون شريكا في المبيع بثمنه يعني يكون المشتري شريكا بثمن المبيع.

(فإن قلت): هذا الكلام يقتضي أن هذه المسألة ونظيرها لا بد فيها من التقويم بأربع قيم قيمته سالما وقيمته بالقديم ومنه بالحادث، ثم يقوم رابعا: بالزيادة وقد اعترض شارح ابن الحاجب عليه.

(قُلتُ): الشَّيخ: حقق أنه لا بد من العمل المذكور ووهم شيخه ابن عبد السلام وحقق أنه لا بد من معرفة قيمته سليما؛ لأنه لا تعرف قيمة قدر العيب الحادث من الثمن إلا بعد ذلك انظره وتأمل أسئلته هنا: وأجوبته، فإنها حسنة ورده على شيخه صائب إذا تأملته وما أشار إليه في كلام اللخمي لا شك في تصحيف نسخته وتأمل كلام اللخمي فيما نقله عنه في مسألة المدلس وغيره فإنه ذكر فيها ثلاث قيم ولك التأمل مع ما حققه هنا والله أعلم وبه التوفيق.

مخيط ومقطوعًا معيبًا مخيطا، فإن كانت الأولى مائة والثانية تسعين كان شريكًا بالعشرة، وإن لم تزد الخياطة لم يكن له شيء انتهى.

قُلتُ: كذلك وجدته في نسختين إحداهما صحيحة عتيقة أن الأولى مائة والثانية تسعون، وصوابه العكس، ووجهه واضح، ثم قال: وإن كان البائع غير مدلس واختار المشتري الرد قوم ثلاث قيم: قائمًا غير معيب، وقائمًا معيبًا، ومقطوعًا معيبًا مخيطا.

فإن قيل: الأولى مائة، والثانية تسعون، والثالثة ثمانون.

علم أن الباقي عشرة رده، وعشر ثمنه وإن قيل تسعون رده ولا شيء عليه؛ لأن الخياطة جبرت القطع، وإن قيل: مائة كان شريكًا بالعشرة هذا إن لم يتغير سوقه من يوم شرائه إلى يوم رده فإن تغير قوم الآن قيمتين مقطوعًا معيبًا غير مخيط والثانية قيمته مخيطًا، فإن زادت الخياطة عشرة لم يكن عليه شيء؛ لأن الخياطة جبرت نقص القطع، وإن زادت خمسة كان الباقي عنده نصف قيمة العيب بنصف عشر الثمن، وإن زادت خمسة عشر كان شريكًا بثلث قيمته.

قُلتُ: في قوله: بثلث قيمته إجمال واضح وصوابه بنصف عشرة.

ابن الحاجب: يقوم القديم والحادث بتقويم المبيع يوم ضمنه المشتري، فإن أمسك قوم صحيحًا، وبالعيب القديم، وإن رد قوم ثالثًا بهما، فإن كانت زيادة قوم رابعًا بالجميع، وكان شريكًا بنسبة ما زاد عليهما.

ابن عبد السلام: في كلامه نظر؛ لأن المشتري إن أراد الشركة لتأدية الحال إليها فلا يقوم المعيب سليمًا؛ لأنه غبن للمشتري؛ لأن البائع إنما دفع المبيع معيبًا فكيف يشارك المشتري به سليمًا، وإن لم يقل المؤلف يكون شريكًا بما زاد على القيمة الأولى فتقويمه للمبيع سليمًا يوهم ذلك أو يوجب تشويشًا في فهمه، وبالجملة فلا يحتاج لقيمته سليمًا ولا يحتاج لقيمته بالعيب الحادث؛ لأن الزيادة إنما تظهر بعد جبره بالصنعة المزيدة فلو شارك المشتري في المبيع بما زادت الصنعة على مجموع العيبين مع أن العيب الثاني إنما حدث في ملك المشتري لكان حيفًا على البائع، فالذي يوجبه النظر أن يقوم المعيب بالعيب القديم وحده؛ لأنه الذي خرج من يد البائع ثم يقوم بالصنعة الحادثة فإن وقعت زيادة على ذلك بمثل تلك الزيادة تكون تجب شركة المشتري مع البائع في المبيع.

قُلتُ: قوله: لأن المشتري إذا أراد الشركة فلا يقوم المعيب سليمًا، إلى قوله: **(في فهمه)** حاصله الحكم بلغو تقويمه سليمًا لتأديته إلى شركة البائع بقيمته سليمًا وهو باطل؛ لأنه غبن على المشتري إذ البائع إنما دفعه معيبًا وهو وهم؛ لأن تقويمه سليمًا ليس لما زعمه من شركته بقيمته سليمًا ولا لأمر مستغنى عنه؛ بل لأمر محتاج إليه وهو معرفة حال ما زاده في المبيع، هل جبر نقص العيب الحادث اللازم للمبتاع ولا يعلم هل جبره أم لا إلا بعد معرفة قدر العيب الحادث من الثمن ولا يعرف هذا إلا بعد معرفة قيمة المبيع سليما حسبما تقدم، فإن قلت: يكفي في معرفة قدر نقص المبيع الحادث اللازم للمبتاع معرفة قيمة البيع بعد معرفة قيمته بالعيب القديم.

قُلتُ: ليس الأمر كذلك؛ لأنه لا يجب على المشتري قدر نقص الحادث في المبيع من قيمته بالعيب القديم مجردين؛ بل بقيد ما ينوبهما من الثمن المسمى، ولا يحصل ذلك إلا بعد معرفة قيمته سليمًا، حسبما بينه متقدموا أهل المذهب، ومتأخروهم.

فإن قلت: إنما تكلم ابن الحاجب على الزيادة، إذا ثبتت واستقرت وهذه لا يحتاج فيها إلى معرفة الجبر؛ لأنها ملزومة له قطعًا.

قُلتُ: ليس الأمر كذلك إنما تكلم على ما إذا كانت زيادة حسية وهي أعم من كونها جائزة فقط أو موجبة زيادة معنوية، وإن كان لفظه صالحًا لذلك وجب حمله عليه لسلامته عن التعقب، وابن عبد السلام بنى كلامه على أن الزيادة في كلام ابن الحاجب هي الزيادة المعنوية، ولذا قال: نعم يحتاج إلى ثلاث قيم إذا شك في تلك الصنعة هل يجبر العيب الحادث فيقوم المبيع سالمًا ثم بالعيب القديم وحده ثم بالصنعة فإن جبرت العيب الحادث من غير زيادة كان كما إذا لم يحدث في المبيع شيء.

وفيها: إن وجد رجلان بعبد ابتاعاه صفقة عيبًا فلمن شاء منهما أن يرده ويحبس دون الآخر، ولو أبى بائعه، وكان مالك يقول للبائع مقال ابن القاسم لمن شاء منهما أن يرد إذ لو فلس أحدهما لم يتبع إلا بنصف الثمن، وقال أشهب في كتاب الخيار: ليس لهما إلا أن يردا معًا أو يحبسا معًا أو يأخذ المتمسك جميع العبد، وذكر اللخمي قول أشهب رواية له قال: ولم يذكر المقال بين المشتريين، ويحتمل أن يقال لمريد الرد جبر صاحبه عليه؛ لأنه يقول دخلنا على صفقة واحدة وعلى أحكام العيب أنه يرد به؛ لأن التزام

المعيب ضرر بمن أراد الرد وأن يقال لا يلزمه ذلك ويجبر البائع في إعطائه مريد الرد قيمة عيب نصيبه أو يقيله ويعطيه نصف ثمنه؛ لأن مقال البائع لأجل التبعيض فيكون كمن باع عبدًا من رجل فباع نصفه ثم علم بالعيب.

ابن القاسم: إن باع أحدهما نصيبه من الآخر ثم علم بالعيب لم يرجع من باع نصيبه بشيء وللأخر رد نصفه على البائع الأول.

اللخمي: يجري الخلاف في النصيبين معًا لمن باع أن يرجع بالأقل من قيمة العيب أو تمام الثمن إن باع بأقل، وعلى رواية ابن عبد الحكم يرجع بالعيب، وإن باع بمثل الثمن ومن لم يبع على رواية أشهب لا رد له؛ لأنه يبعض على البائع بيعه ويكون للبائع أن يعطيه نصف قيمة العيب أو يقبل منه الرد.

المازري: لمن ابتاع عبدًا من رجلين شركة بينهما رده نصيب أحدهما عليه بالعيب دون الآخر، وتعد صفقتهما صفقتين.

ابن عبد السلام: كذا قالوا ولا يبعد أن يقال: ليس له ذلك لدخولهم على اتحاد الصفقة كما ليس له ذلك في اتحاد البائع؛ لأن الثمن يختلف بكثرة السلع وقلتها في الصفقة الواحدة وهذا جار في جمع الرجلين سلعتيهما في البيع على القول بإجازته.

قُلتُ: يرد قياسه على وحدة البائع بضرر تبعيض مبيعه ويؤيد نقل المازري قولها في السلم الثاني: إن أسلم رجلان إلى رجل في طعام أو عرض فأقاله أحدهما جاز إلا أن يكونا متفاوضين فيما أسلفا فيه من عرض أو طعام فلا يجوز؛ لأن ما أقال منه وأبقى بينهما ولو ابتاع رجلان عبدًا أو أمة ففي تمكين أحدهما من رد حظه دون الآخر ثالثها لا وللمتمسك أخذ حظ الراد استحسانًا لثاني قولي مالك مع ابن القاسم، وأولهما وأشهب في خيارها، وعزا الباجي الأول لرواية ابن القاسم والثاني لرواية أشهب قال: وعليه البائع أحق لحظ الراد من المتمسك وعزا لمحمد قول أشهب لا بقيد أنه استحسان قال: وحكى القاضي إنما للراد إن اختلفا أرش العيب ويجب كونه المذهب كرواية ابن القاسم: من باع نصف عبد ابتاعه فعلى بائعه قبول رد باقيه بالعيب أو رد نصف قيمة عيبه وهو مقتضى قول أشهب ويحتمل أن يكون معنى قوله: يردان معًا إن تمسكا ولابن وَهْب إن أراد أحدهما رده دون الآخر تقاوياه ليرده من صار إليه.

قُلتُ: يرد قياسه منع الرد على بائع نصف عبد ابتاعه بأن التنظير فيه من قبله، وفي أحد المشتريين ليس من قبله.

[باب ما يكون فيه المبيع المتعدد كالمتحد في العيب]

وتعدد المبيع ومعيبه وجهه أو أحد مزدوجيه كمتحد والأخص الرد المعيب بحصته من الثمن يوم وجب[1] ككونهن عليات يوم الخروج من المواضعة، وفي كون ذلك مطلقًا قولان لمعروف المذهب ونقل الباجي، عن محمد وأشهب: إن نقص المعيب الجملة رده وحده وإن لم ينقصه لم يرده، ولو نقصه عيبه، وسمع ابن القاسم: من ابتاع جملة رقيق من السند والزنج صفقة فوجد جارية منهم حاملًا لا رد له لأنهم وخش.

ابن رُشْد: لم ير رد الحامل بعيب حملها إذ لا ينقص الحمل من الثمن شيئًا لأنهم وخش ولو اشتراها وحدها كان له ردها قاله في آخر سماع أَصْبَغ على قولها مع غيرها الحمل عيب في الوخش والعلي والقياس ردها مطلقًا على قولها مع غيرها في الاطلاع على عيب بعض السلع تشترى جملة إن المعيب يرد منها بمنابه من الثمن إلا أنه استحسن هذا في الحمل فقط مراعاة لقول ابن كنانة حمل الوخش غير عيب وقاله ابن حبيب لأهل البادية لا الحاضرة.

قُلتُ: ففي رد أحد أفراد المبيع بعيب ينقصه مطلقًا أو إلا أن ينقص الجملة، ثالثها مطلقًا إلا أن يكون حملًا من جملة وخش لمعروف المذهب، ومحمد مع أشهب وسماع ابن القاسم مع سماعه أصبغ.

وفيها: إن كان المبيع جملة ثياب أو رقيق أو مكيل أو موزون فاستحق أقل ذلك أو وجد به عيب لزمه الباقي بحصته من الثمن.

قُلتُ: ظاهره ولا حجة عليه في ذلك للبائع، وللتونسي في كتاب الخيار إن قال له البائع: إما أن تأخذه معيبًا كله أو ترد فالقول قول البائع؛ لأنه يجمل بعضه بعضًا وكذا

---

(1) قال الرَّصاع: هذا ظاهر وانظر ما في وجه الصفقة وما فيه من الخلاف في الطعام والعروض وهو ظاهر والله الموفق.

إن كان مكيلًا أو موزونًا غير الطعام يوجد بعضه معيبًا، وللصقلي في ثاني ترجمة من هذا الكتاب ما نصه: نظرنا إلى السالم إن كان وجه الصفقة لزم المبتاع ولا حجة له إذ سلم له جل صفقته فكما لم تكن له حجة في ذلك لم يكن للبائع حجة في أن يقول إما أن تأخذ الجميع أو ترد، وهذا خلاف نقل التونسي في ا لخيار منها من اشترى ثيابًا أو رقيقًا أو غنمًا على أنه بالخيار إذا نظرها فنظر أولها وصمت حتى رأى آخرها فلم يرضها فذلك له ولو كانت حنطة فنظر بعضها فرضيه ثم نظر ما بقي فلم يرضه فإن كان على صفة ما رضي لزمه الجميع لتساويه؛ لأن الصفقة واحدة وإن خرج آخر الحنطة مخالفًا لأولها لم يلزمه شيء وله رد الجميع إن كان الاختلاف كثيرًا.

قُلتُ: مفهوم قولها لتساويه أن موجب لزوم العقد في الطعام وعدمه في الرقيق تماثل الطعام مثليًا وكون الرقيق من ذوات القيم، وهو قول ابن شبلون، وظاهر منطوقها أن موجبه ثبوت رضاه في الطعام وعدمه في الرقيق وهو قول ابن محرز، الشَّيخ: لو كان ما رضيه معيبًا لم يلزمه باقيه إن كان معيبًا، ولو ماثل الأول لطعمه في سلامته.

عياض: لم يتكلم إن كان يسيرًا، وفي بعض نسخ المدَوَّنة قال غيره: إلا أن يكون ما خرج مخالفًا أقله فلا قول للمشتري؛ بل يلزمه، وإن أراد الرد إلا أن يقيله البائع، وثبت هذا لابن عيسى وسقط في أكثر الروايات ونبه عنده على سقوطه من بعض الروايات، وهو في كتاب ابن عتاب وابن المرابط مخوف عليه، وهو مثل ما في العتبيَّة إن الطعام يلزم المبتاع بحصته من الثمن وكذا لابن حبيب عن أَصْبَغ والأخوين وقول سَحنون يلزم البائع والمبتاع. فضل قول سَحنون هنا لزمه المبتاع على ما أحب البائع أو كره وقاله عبد الملك وأَصْبَغ خلاف رواية ابن القاسم.

ابن أبي زمنين: لم يعطنا في اليسير جوابًا بينًا وفيه تنازع، وكل هذا خلاف تأويل الشَّيخ عن سَحنون إن ذلك إنما يلزم المبتاع برضا البائع، وفي الواضحة لابن القاسم يقال للمشتري إن شئت فخذه كله وإن شئت فدع، قل الفاسد أو كثر؛ لأن البائع يقول لم أبعه إلا ليحمل الصحيح الفاسد.

ابن القاسم: هذا تفسير قول مالك، وحكى الداودي هذا ا لقول.

اللخمي، قول ابن القاسم، فيها: إن قل السالم لم يكن للمبتاع أخذه فقط لحجة البائع في جملة المعيب يوجب كونه في عكسه أبين، وسمع ابن القاسم في جامع البيوع: من اشترى طعامًا جزافًا أو كيلًا أو غيره فوجد أسفله مخالفًا لأوله فله أخذ كله أو رده إلا أن يسلم له بائعه ما وجد طيبًا أن أحب ذلك المبتاع وإلا لم يلزمه، وإنما يلزم بتراضيهما معًا قال سَحنون: إنما هذا إن وجد العيب بجله.

ابن رُشْد: في لفظه تقديم وتأخير صوابه طعامًا أو غيره جزافًا أو كيلًا، ويريد بغيره ما عدا الطعام من مكيل أو موزون كالحناء والعصفر؛ لأن له حكم الطعام، فالخلاف الموجود في ا لمكيل والموزون من طعام أو عرض على خمسة أقسام:

الأول: إن كان يسيرًا وهو مما لا ينفك منه الطعام كالكائن في قيعان الأهراء والبيوت فهو لازم للمشتري.

الثاني: ما ينفك منه الطعام، وهو يسير لا خطب له إن أراد البائع أن يمسك المعيب، ويلزم المشتري السالم بما ينوبه من الثمن فله ذلك اتفاقًا وإن أراد المشتري أن يلزم السالم، ويرد المعيب لم يكن ذلك له على نصها: إن البائع إنما باع على أن حمل بعضه بعضًا وظاهر هذه الرواية وليحيي عن ابن القاسم له ذلك.

الثالث: أن يكون مثل الخمس والربع، ونحو ذلك إن أراد البائع أن يلزم المشتري السالم بحصته من الثمن ويمسك المعيب فله ذلك اتفاقًا إذ لا خلاف أن استحقاق ربع الطعام لا يوجب للمبتاع رد الباقي، وإن أراد المبتاع رد المعيب، ويأخذ السالم بحصته من الثمن لم يكن له ذلك اتفاقًا.

الرابع: أن يكون مثل النصف والثلث إن أراد البائع أن يمسك المعيب ويلزم المبتاع السالم بحصته من الثمن لم يكن له ذلك على مذهب ابن القاسم وروايته وله ذلك عند أشهب وسَحنون ولم يكن للمبتاع أن يأخذ السالم ويرد المعيب.

الخامس: أن يكون أكثر من النصف لا خلاف أن ليس للبائع أن يلزم المشتري السالم بحصته من الثمن ولا للمبتاع أن يرد المعيب ويأخذ السالم بحصته، ومذهب ابن القاسم وروايته إن استحقاق ثلث الطعام والمكيل والموزون من العروض يوجب للمشتري رد الجميع بخلاف العبيد والعروض وسوى أشهب بين العبيد والعروض

والطعام في ذلك لا يرد المبتاع الباقي إلا أن يستحق أكثر من النصف.

قُلتُ: قوله في القسم الثالث للبائع إلزام المبتاع السالم إن كان المعيب خمسًا أو ربعًا... إلخ، خلاف قول الصقلي جعلوه مخيرًا إذا وجد ثلث الطعام أو ربعه معيبًا كالكثير في العروض.

اللخمي: أنكر أشهب قول ابن القاسم النصف في الطعام كثير قال ما قاله مالك قط.

اللخمي: أرى أن ينظر في ذلك عرف بلد الطعام إن كان ثمن النصف وحده أقل لم يلزمه وإلا لزمه.

الصقلي: قال الشَّيخ: إن قل معيب الطعام جدًّا لزم البيع في السالم البائع والمبتاع، وقال بعض أصحابنا: ذلك كالعشر.

الشَّيخ: وإن كان له بال أو ليس بكثير فليس للمبتاع أخذ السالم إلا برضا بائعه.

الصقلي: قال بعض شُيُوخنا: ذلك كالخمس.

محمد: كثير جزاف الطعام كالعروض.

اللخمي: القياس أنه كمكيله وتبعه المازري في قوله القياس بعد أن نقله كأنه المذهب.

وفيها: لمن ابتاع شاتين مذبوحتين إحداهما ميتة حبس الذكية بحصتها من الثمن وردها كقول مالك فيمن ابتاع طعامًا على أن فيه مائة فلم يجد فيه إلا خمسين، يحيي لا يعجبني قوله له حبس الذكية.

المازري: أشار إلى أنه خالف أصله.

الصقلي عن الشَّيخ: أراد أنه مما لا يعرف ثمنه إلا بالقيمة، وقد وجب الرد فصار بيعًا بثمن مجهول إلا أن يشتريها على ا لوزن فيصح قول ابن القاسم.

ابن الكاتب: حمل شرائها على الوزن غير مستقيم، وظاهره أنهما غير مسلوختين إذ لا يعلم عدم ذكاتها إلا قبل سلخها إذ بسلخها يزول رأسها فلا يعلم عدم ذكاتها، وقوله: **(مذبوحتين)** يدل أنه لم يحدث فيهما غير الذبح، ولو كان على الوزن لزم التقويم إذ قد يختلفان في السمانة فلا يعتبر ما يسمى لكل رطل.

الصقلي: تصحيح الشَّيخ المسألة بكونه على الوزن واستوائهما في السمانة خير من إفسادها ويحتمل كون إشترائهما مسلوختين على الوزن، وأتى من يشهد أن إحداهما بعينها غير ذكية، وعلى الوزن حملها اللخمي وعزاه المازري وابن محرز لابن عبد الرحمن.

اللخمي: وقال سَحنون: يفسخ البيع فيهما؛ لأنها صفقة جمعت حلالًا وحرامًا كقوله: **(من نكح بعبد ثبت أنه حر فسخ نكاحه)**.

قُلتُ: وهو قول ابن القاسم عند ابن محرز: لاعتذاره عنها بقوله: **(وجه هذه المسألة ما بينته غير مرة)** أن القصد إذا كان إلى سؤال عن معنى أهمل التحرز عن غيره اكتفاء ببيانه في موضع آخر، والقصد هنا بيان حكم العيب لا تصحيح العقد بخلاف قوله في العقد على أم وابنتها.

اللخمي: أخذ ابن القُصَّار: من هذه إمضاء الصفقة الجامعة حرامًا، وحلالًا فيه.

ابن محرز: ناقضوها بحكم نقض الصفقة الجامعة حرامًا وحلالًا، بقولها: **(من تزوج أمًا وابنتها، وللأم زوج لم يعلم به فسخ نكاحهما)**، فرق بعضهم بأن نكاح الأم يقدح في نكاح البنت لسراية التحريم، والعقد على الميتة لا يسري إلى تحريم غيرها، وليس بشيء؛ لأن الأم متزوجة فليس لنكاحها حرمة تسري، ومن علل تحريم عقد نكاح الأم والبنت بأنه لم يسم لكل منهما مهرها لزمه هنا؛ لأنه لم يسم لكل واحدة ثمنها ومنهم من حملها على اختلاف القول في حرام البيع إذا علم به أحد المتبايعين فقط.

قُلتُ: يرد نقضه تعليل فسخ نكاح الأم وابنتها بعدم التسمية لكل منهما بعدم تسميته في الشاتين بتعدد مستحق المهر واتحاد مستحق ثمن الشاتين والتحقيق عندي أن جمع الصفقة حلالًا وحرامًا على وجهين:

الأول: أن يتعلق العقد بنفس إنشائه بالحرام منهما من حيث وصفه الموجب حرمة بيعه، ولو جهل العاقد إيجابه الحرمة كبيع ثوب مع أم ولد من حيث إنها أم ولد.

الثاني: أن يتعلق العقد كذلك بالحرام منهما من حيث وصفه المعتقد ثبوته له غير موجب الحرمة، كبيع ثوب مع أم ولد من حيث كونها أمة لم تلد من سيدها.

فالأول: يفسخ فيهما لتعلقه بأحدهما من حيث وصفه الموجب فساده فيمنع تعلق

العقد به فيصير لا متعلق له ضرورة بطلان الكل ببطلان جزئه.

والثاني: لا ينفسخ فيهما معا؛ بل في الحرام فقط لتعلقه حين إنشائه بكل منهما من حيث وصفه الموجب صحة تعلق العقد به، فإذا ظهر فوت الوصف الذي تعلق العقد بالمبيع من حيث حصوله له صار شبيهًا شبهًا بينًا باستحقاقه فبطل فيه فقط، ومن البين كون مسألة نكاح الأم وابنتها من الأول، وكون مسألة الشاتين من الثاني.

عبد الحق: إن جهلت الذكية رد الثمن وطرحتا بحيث لا يأكلهما إلا الكلاب، وذكر عن الشَّيخ أبي الحسن، وينبغي عندي إن أكل إحدى الشاتين مع جهل الذكية منهما أن يرجع بثلاثة أرباع الثمن؛ لأن ثمن واحدة قد ثبت يقينًا، ويرد ثمن نصف الأخرى للشك في التي أكل هل هي الذكية أم لا؟ إذا كانتا متكافئتين، وصورها الصقلي بأنه أتى بعد أكل إحداهما من شهد أن أحدهما كانت غير ذكية فيرد نصف الثمن؛ لأنه ثمن الباقية ونصف ثمن المأكولة، للشك في ذكاتها.

قُلتُ: ألزماه في المأكولة ربع الثمن بناء على اعتبار حكمها باعتبار وصفها في نفس الأمر دون اعتبار وصفها عند العاقدين والحاكم والصواب اعتبار وصفها بهذا لأنه الظاهر المدرك لقوله ﷺ: **«أمرت أن أحكم بالظاهر»**(1)، فيكون عليه قيمتها مشكوكًا في ذكاتها؛ لأن جهل الذكية منهما يوجب الفسخ حسبما مر فيبطل اعتبار ثمنها فيجب عليه فيما فوته قيمته.

وفيها: لو اشترى عشر شياه مذبوحة وجد إحداهن ميتة لزمه الباقي بحصته من الثمن، ولا خيار لأحدهما وكذا من ابتاع قلتي خل أو قلالًا فأصاب إحداهن خمرًا على ما وصفنا من قول مالك.

الشَّيخ: يريد أن الخمر والميتة كالنقص لا كمعيب.

محمد: لأشهب لو أصاب من العشر تسعًا خمرًا لزمته الواحدة. الصقلي عن بعض

(1) قال السخاوي في المقاصد الحسنة: 162/1- رقم (178): اشتهر بين الأصوليين والفقهاء ولا وجود له في كتب الحديث المشهورة، ولا الأجزاء المنثورة، وجزم العراقي بأنه لا أصل له، وكذا أنكره المزي وغيره، نعم في صحيح البخاري عن عمر: إنما نأخذكم الآن بما ظهر لنا من أعمالكم، بل وفي الصحيح من حديث أبي سعيد رفعه: إني لم أومر أن أنقب عن قلوب الناس.

أصحابنا أشهب يرى استحقاق تسعة أعشار ما ينقسم لا يرفع لزوم الباقي بحصته.

اللخمي: لو اشترى جملة عبيد أو ثياب متقاربة، فكان المعيب والاستحقاق في أكثرها فقال ابن القاسم: له رد السالم والباقي، وقال أشهب: يلزمه ذلك ولو بقي واحد من عشرة بناء على اعتبار وصف الجملة ولغوه، وليس اختلاف فقه، وأرى الرجوع في ذلك إلى ما يقوله التجار.

عبد الحق والصقلي عن الإبياني من نقل قلالًا ابتاعها فوجد منها ثلاثة خمرًا فسهي عن ردها أيامًا فصارت خلًا إن ثبت ذلك ببينة أو إقرار البائع سقط عنه منابها من الثمن، وإن لم يعرف إلا بقوله: لم يرد عليه منه شيء.

الشَّيخ: الجواب صحيح، ويرد القلال التي كانت خمرًا إلى البائع، ولما ذكر المازري قول الإبياني قال: استدركه الشَّيخ، وتأوله على أن هذه القلال التي تخللت ترد لبائعها وهذا يمكن أن الإبياني لم يرده؛ لأن هذه القلال كانت خمرًا عند العقد فلا ملك للبائع عليها فتخللها عند المبتاع رزق ساقه الله إليه كطائر سقط بداره.

قُلتُ: وكان بعض من لقيناه لا يحمل كلام الشَّيخ على ما فهمه المازري ويحمله على أن خل القلال التي كانت خمرًا سقط منابها من الثمن ويكون خلها للمبتاع، ويقول معنى قول الشَّيخ ويرد القلال التي كانت خمرًا للبائع على رد القلال من حيث هي ظروف لا ردها بما فيها.

قُلتُ: الصواب ما فهمه المازري عن الشَّيخ واستشكاله إياه، وقول من لقيناه يردهما نص قولها في الغصب: وإن غصب مسلم خمرًا من مسلم فخللها فلربها أخذها ثم قال المازري بناء على وجوب ردها لبائعها: لم لا يتم البيع فيها ويكون تخللها كذهاب عيب بالمبيع قبل رده، وأجاب بكلام طويل حاصله: المعيب تعلق البيع به صحيح؛ لأنه لو رضيه البائع صح والخمر لا يصح تعلق العقد به بحال، وإن تعدد المبيع غير مثلي والعيب بأعلاه، ففيها لابن القاسم من ابتاع سلعًا فوجد ببعضها عيبًا فليس له إلا رد المعيب إن لم يكن وجه الصفقة، فإن كان وجهها فليس له إلا رد الجميع أو الرضا بالمعيب.

المازري: لا يتخرج لزوم الأدنى على قول أشهب؛ لأنه فيما ينقسم، وقيل لأنه فيما

ليس نبعا.

اللخمي: اختلف فيمن ابتاع عبدين ظهر بأعلاهما عيب فمنع ابن القاسم إن رد الأعلى أو استحق أن يحبس الأدنى؛ لأنه كشراء بثمن مجهول وأجازه ابن حبيب ثم قال في مسألة الثوبين: إن كان المعيب وجهها فله رد الأدنى، ولا له أن يتمسك به على قول ابن القاسم وله ذلك على قول ابن حبيب وهو بالخيار، وعلى قول أشهب لا خيار له.

قُلتُ: هذا خلاف قول المازري لا يتخرج لزوم الأدنى على قول أشهب، ووجه المازري قول ابن حبيب بأنه أحق بمقتضى لزوم العقد الأول لعدم انحلاله؛ لأن ضمان المردود بالعيب من راده حتى يرد، وهو أصل أشهب في أن الصلح عن العيب شراء مرجع لا ابتداء بيع أو على أحد القولين في جمع الرجلين سلعتيهما في البيع، وعلى قول المَوَّازِيَّة لمن اطلع على عيب بعبدين التمسك بأحدهما، الصقلي لأشهب نحو قول ابن حبيب وأنا أستحسن إن استحق الكثير ورضي المبتاع أخذ ما بقي بحصته من الثمن ألا يأخذ إلا بعد التقويم، ومعرفة حصة ما بقي فترتفع علة منع ابن القاسم، وإذا رد أعلى المبيع وفات أدناه، وعوضه عين أو غير مثلي قد فات، ففي مضي الأدنى بمنابه من الثمن، ورد قيمته لأخذ كل الثمن مطلقًا، ثالثها إن لم تكن أكثر من منابه من الثمن، لعبد الحق عن المذهب مع اللخمي عن ابن القاسم، ونقل المازري قائلا: وكذا قال محمد: فيمن باع شاة عليها صوف جزه وفات إن ردها بعيب رد مثل الصوف أو قيمته ما بلغت، كذا نقل الأشياخ هذه الرواية يرد قيمة الفائت مطلقًا، ونقل اللخمي مسألة الشاة معزوة لابن القاسم قائلًا: فعلى هذا يرد قيمة الأدنى إلا أن تكون أكثر فيمضي بالثمن، ووجه عبد الحق نقله بأنه لا فائدة في رد عين وأخذ عين، والمازري الثاني بحجة المغبون في رفع المغابنة بأنه إنما رضيها لحصول الغرض في إمضاء الصفقة، وردها في الجل يبطله، والثالث برعي هذا في جنبة المبتاع فقط لغرمه وصوب التونسي التعليل باعتبار المغابنة بأنه.

وقال ابن محرز: ليس بشيء ولو لزم ذلك للزم في بيع ثوبين بعين.

قُلتُ: يرد بالتزامه؛ لأن المازري صرح بفرض المسألة والثمن عين، وهو ظاهر كلام عبد الحق وغيره، وفي فوت الأدنى بحوالة الأسواق وقصره على العيب المفسد

المفيت الرد بالعيب، نقلا اللخمي عن ابن القاسم ومحمد مع عبد الحق وابن محرز عن المذهب بناء على الحكم له بعوض المعيب لوصف كونه لو كان قائمًا رد لرد معيب غيره أو بمعيب؛ لأنه تبع له ولو كان عوض المتعدد المعيب بعضه عرضا، ففيها لابن القاسم جوابًا عن السؤال عن قول مالك من باع عبدًا بثوبين، وجد أعلاهما معيبًا وفات أدناهما، العبد قائم رد المعيب وقيمة الأدنى ورد العبد وإن فات بحوالة سوق فأعلى وقيمة الثوب الباقي من التالف، ثلثًا أو ربعًا رجع بقدر ذلك من قيمة العبد لا في العبد، وإن كان المعيب وأعلى الثوبين باق لم يفت، ولا بحوالة سوق، وفات أدناهما رد العبد وأعلى الثوبين وقيمة أدناهما وإن فات الباقي بحوالة سوق أو كان أدناهما ردت قيمتهما مكانهما.

اللخمي: إن كان المعيب الأعلى وفات الأدنى وفات العبد رد المعيب وأخذ منابه من قيمة العبد، وعلى القول الآخر للمبتاع رد قيمته وأخذ قيمة عبده إن نقصت عن منابه من قيمة العبد.

قُلتُ: ويجري في ثاني الثلاثة وإن كان المعيب الأدنى والعبد قائم رده، وفي رجوعه بمنابه في قيمة العبد أو عينه، ثالثها هذا ويخير مبتاعه في الرضا بضرر الشركة، ورده لها، ولنقل ابن رُشْد مع الصقلي والتونسي عن أشهب والمازري عن أحد قولي ابن القاسم مع اللخمي عنه مع أشهب قائلًا ما قيل في ذلك أن لا خيار له؛ لأن العيب من سببه غير حسن؛ لأن البائع إن لم يدلس فلم يقصد لبقاء شركة فيه، وإن دلس فهو راج خفاءه والاطلاع عليه فيجري على حكم الرد بالعيب لا يؤخذ في المعيب بغير ما باع به كما لا يجبر على إسقاط قيمة العيب مع القيام، وإن كان المعيب العبد ورد، رد العبدان الثوبان وقيمتهما إن فاتا بحوالة سوق إلا أن يحب البائع أخذ الأدنى فله ذلك؛ لأن المقال فيه له واختلف في الأدنى إن كان قائمًا، قيل يرد قيمته، وقيل لمشتريه رده؛ لأن انتزاع الأجود من يده عيب عليه في الأدنى.

قُلتُ: يريد بانتزاع الاجود من يده فسخ البيع فيه لرده، وحكم سماع عيسى ابن القاسم فيمن اشترى جارية بجاريتين في عيب إحداهن، وهلاكها كمسألة العبد بالثوبين.

وحدوث العيب في المواضعة كعيب قديم. الشَّيخ في الموَّازية: إن وجد بإحدى الجاريتين عيبًا وماتت الأخرى واختلفا في قيمتها وصفاتها، فإن اختلفا صدق البائع مع يمينه وإن لم ينتقد، وأنكر محمد فرق ابن القاسم بين النقد وعدمه، وكذا قال ابن حبيب وأصبغ.

قُلتُ: وعزاه التونسي لمحمد وأشهب في مسألة نصف حمل في الوكالات تفرقة ابن القاسم نصها في العيوب، وسمع أَصْبَغ ابن القاسم: إن اختلفا في قدر ثمن المردود بالعيب أو نوعه صدق البائع مع يمينه فيما يشبه.

أصبغ: إن لم يشبه صدق المبتاع فيما يشبه، فإن لم يشبه ولم يقارب فقيمته يوم قبضه معيبًا.

ابن رُشْد: يريد بيوم قبضه يوم باعه؛ لأنه بيع صحيح، وذلك بعد أيمانهما معًا أو نكولهما، ومن نكل صدق خصمه مع يمينه وإن لم يشبه وسمعه عيسى إن مات بائع المعيب ومبتاعه وجهل ورثتهما ثمنه، جهله فوت، ولو كان العبد قائمًا يرجع بقيمة العيب ينظر كم قيمته يوم قبضه مبتاعه فإن كان أرفع قيمته يومئذ خمسين دينارًا وأدناهما أربعين كان ثمنه خمسة وأربعين ورجع بقدر العيب من ذلك. عيسى: لا ينظر في هذا إلى وسط القيمة؛ لكن إلى قيمة يوم بيع تجعل القيمة ثمنه، ويرجع بقدر العيب في القيمة.

ابن رُشْد عن ابن القاسم: ليس جهل الثمن فوتًا ويرد العبد ويرجع بقيمة وسط، والقيمة يوم البيع لا يوم القبض؛ لأنه بيع صحيح ولم يذكر في هذا يمينًا، واليمين فيه واجبة على القول بلحوق يمين التهمة فلا يحكم بما قال من رد العبد والرجوع بقيمته أو يوم مساكه والرجوع بقيمة العيب من القيمة على هذا القول إلا بعد أيمانهما أو نكولهما، فإن حلف ورثة البائع أنهم لا يعلمون عدة الثمن، ونكل ورثة المشتري لم يكن لهم شيء حتى يحلفوا، وإن حلف ونكل ورثة البائع اشترى بما يؤدي إليه اجتهاد الحاكم من الثمن ولو تصادقوا على جهله، وعدم قبضه، والسلعة قائمة حلفوا جميعًا ورد البيع على قولها في تضمين الصناع، وإن فاتت فهي لورثة المشتري بقيمتها وحكم في العيب كما تقدم، وقول عيسى: لا ينظر في شيء من هذا إلى وسط القيمة يرجع لقول ابن القاسم

في المعنى لا يخالفه إلا في صفة التقويم؛ لأنه لا يقول إنه يقوم أعلى القيم التي توجد في النادر ولا أدناها التي يبيع بها المضطر إنما يقول إنه يقوم على الوسط من ذلك في الوكالة منها من ابتاع بمائة طعامًا رده بعيب وهو نصف حمل فقال بائعه: إنما بعتك بها حملًا فالقول قول المشتري إن أشبه؛ لأن البائع أقر له بالمائة كما لو رد عبدًا بعيب ابتاعه بمائة فقال بائعه: بعتكه وآخر معه بها، وإن لم يشبه قوله: وتفاحش صدق البائع بيمينه، ويرد نصف الثمن ولا غرم على المشتري في النصف الثاني إن حلف؛ لأن البائع مدع عبد الحق عن بعض شُيُوخه إن حلف البائع لنكول المشتري المشبه قوله في الطعام أو العبدين والمردود أعلاهما فلا يمين للمشتري لنكوله، ولا شيء له في الثمن إلا برد ما ادعاه البائع لتهمته على حبس ما ليس له حبسه، وإن كان أدناهما رجع بمنابه من الثمن، ولو حلف البائع لعدم شبه قول المشتري حلف ليرجع بمناب المردود وإلا فكنكوله مع شبه قوله، وقال غيره من شُيُوخنا: قولها: حلف البائع ولا يرد من الثمن إلا نصفه ولا غرم على المبتاع إذا حلف عائد على أول المسألة إن أتى المبتاع بما يشبه هنا لا غرم عليه إذ لو حلف وليس يعني إن حلف البائع؛ لأن المشتري أتى بما لا يشبه أن اليمين على المشتري، وفي نقل الصقلي عن بعض الفقهاء: أنه إذا حلف البائع؛ لأن المشتري لم يشبه قوله: قيل للمشتري احلف وتبرأ من نصف حمل ويرجع بنصف الثمن فإن نكل لزمه المعيب بجميع الثمن. قال الصقلي: يريد إلا قيمة العيب، وهذا أبين وأشبه بظاهر الكتاب من قول بعض الفقهاء.

قوله: (ولا غرم على المبتاع إذا حلف) عائد على أول المسألة إذا أتى المبتاع بما يشبه.

التونسي: فائدة يمين المبتاع إذا أتى بما لا يشبه بعد حلف البائع ليرد على البائع المعيب ويرجع بمنابه من الثمن، في الموَّازيَّة إن الطعام إن كان مكيلًا وأتى بما لا يشبه كان عليه حمل كامل، ويقدم تضعيفه في كتاب السلم، وعزاه اللخمي لمحمد، وعبر بأنه مخير بين أن يمسك ولا شيء له أو يرد نصفًا سالمًا مع المعيب. قال: لأن إتيان المشتري بما لا يشبه، دليل على أن مع المردود غيره فلما لم يعينه مبتاعه قبل قول البائع في تعينه، ولو كان الطعام جزافًا لكان للمشتري رد المعيب وحده؛ لأن الجزاف في الفوت

كالسلع، وصار كمن اشترى سلعتين ظهر بإحداهما عيب.

قُلتُ: فيفرق بين كون العيب وجه الصفقة أو لا.

عياض: عن أبي عمران ظاهر الكتاب أن لا فرق بين المكيل والجزاف هنا خلاف قول محمد.

وقال ابن الماجِشُون: يلزمه تمام الحمل في المكيل، والموزون.

عبد الحق: ينبغي أن يفرق في المسألة بين نقد المبتاع وعدمه لتفرقة ابن القاسم فيمن اشترى عبدين هلك أحدهما ورد الآخر بعيب فاختلفا في صفة الهالك، وقاله بعض شُيُوخنا القرويين، فإن قيل: قوله: إذا حلف البائع يرد نصف الثمن دليل انتقاده قيل معناه بحكم الحاكم يرده وإلا ناقضت قوله في العبدين ونحوه للتونسي ولابن رُشْد في آخر مسألة من أول مسألة من نوازل أَصْبَغ في العيوب ظاهر قول ابن القاسم في أن القول قول المبتاع أنه نقد لقوله: «إذا حلف البائع يرد نصف الثمن»، وإن كان قد تأول أنه يرد بحكم الحاكم، وذكر عياض القياس على مسألة العبدين ثم قال: وقد فرقوا بين هذه المسألة يعني مسألة الحمل وبين غيرها بفروق كثيرة معلومة في كتاب البيوع.

قُلتُ: ولم أقف على هذه الفروق ولا بعضها ولا ذكر شيئًا منه من تقدم ذكره في المسألة؛ بل الظاهر أن القياس أحروي لتمام غرض البائع في مضي بيعه وهو الفائت بخلاف مسألة الطعام وتفريق أبي عمران بأن المبتاع في مسألة العبدين مقر مدع يرد بمنع كونه مقرًا بحال لقولها: إن قال الغاصب: غصبت الثوب خلقًا، وقال ربه: جديدًا فالقول قول الغاصب، وفيها مع غيرها: إنكار البائع ما رد عليه بعيب أنه معيبه مقبول بيمينه.

ابن عتاب: إن قال: أشك في كونه المبيع رد عليه ابن سهل.

قلت له: بيمين المبتاع. قال: قد تتوجه اليمين وقد لا تتوجه. قلت له: إن قال رجل لي عليك عشرة دنانير، فقال: المطلوب لا أدري أعشرة أم خمسة؟ قال: تلزمه عشرة، وقال لي ابن مالك في قول البائع: لا أعلم أهو الذي بعت منك أو غيره؟ يحلف المشتري.

ابن سهل: هذا أصل مختلف فيه في الواضحة والمَوَّازيَّة وغيرهما تركته خوف التطويل.

المتيطي: إن اختلفا في قدر ثمن ا لمردود بالعيب أو جنسه فلمحمد عن ابن القاسم يصدق البائع مع يمينه إن أتى بما يشبه وإلا صدق المبتاع بيمينه فيما يشبه وإلا فله قيمة المبيع سليمًا من العيب يوم البيع.

وفيها: مع سماع ابن القاسم في جامع البيوع من رد معيبًا دفع عن ثمنه الدنانير دراهم أو عرضا، رجع في الدراهم بها، وفي العرض بالدنانير زاد في السماع إلا أن لا يشبه كونه ثمنًا فما عليه إلا قيمة العرض.

ابن القاسم: يريد أخذه على وجه التجاوز والتخفيف ككونه معسرًا.

ابن رُشْد: هذا كقولها في العيوب والاستحقاق والرواحل والدور والتفرقة؛ لأنه في الدراهم صرف، وفي العرض بيع؛ لأن استحقاق السلعة المبيعة بالدنانير أو وجود عيب بها يسقط الدنانير عن المبتاع فتصير كأنها فوجب إن دفع فيها دراهم أن يرجع بالدراهم؛ لأنه صرف استحقت فيه الدنانير فوجب انتقاضه، وإن دفع فيها عرضًا رجع بمثل الدنانير التي استحقت؛ لأن استحقاق الثمن في البيع لا يوجب نقضه؛ بل الرجوع بمثل الثمن المستحق، وقول مالك إلا أن يكون العرض لا يشبه كونه ثمنًا فيرجع بقيمته يوم قبضه صحيح لا يختلف فيه، ومعناه إن فات العرض وإن كان قائمًا رجع في عينه، وروى أشهب يرجع بعينه أو قيمته إن فات ولو قبضه على غير التجاوز، وإلى هذا الخلاف أشار في العيوب منها بقوله: (وإنما اختلف الناس في السلعة الأولى) ولو باع سلعة بسلعة أخذ بها دنانير فاستحقت السلعة الأولى لرجع بالدنانير؛ لأن المبتاع يستحق السلعة الفائتة، فيرجع بثمنها وهو الدنانير.

قُلتُ: وكذا ردها بعيب وسمع أَصْبَغ ابن القاسم من أحال على ثمن عبد باعه بنصف دينار قضى عنه المبتاع دراهم ثم وجد به عيب رده رجع بنصف دينار.

ابن رُشْد: سمع عيسى ابن القاسم يرجع بالدراهم وفيها مع غيرها: من ابتاع سلعًا صفقة واحدة وسميا ما لكل سلعة من الثمن المسمى، فهي لكل سلعة لغو في عيب بعضها أو استحقاقه؛ بل المعتبر مناب قيمة كل منها من المسمى لجميعها،

وفرضها المتيطي في العبيد ثم قال: إلا أن يقول بثمن كذا المملوك الفلاني منهم بكذا والفلاني بكذا والفلاني بكذا اتفقا على هذه التسمية أنفذاها على أنفسهما بعد أن حققا ذلك من قيمة كل واحد رضيا به فتنفذ التسمية عليهما فيهما، وتقدم اعتبار التسمية في نكاح امرأتين في عقد، وجمع الرجلين سلعتيهما في البيع، ولو كان المعيب قبض عن سليم في الذمة، كمن اطلع على عيب بعد موته قبضه من سليم، ففي رد قيمته لأخذ سليم، ورجوعه بقدر العيب جزاء في عبد سليم، ثالثها يرجع بقدر العيب عينًا للشيخ عن المَوَّازِيَّة وسَحنون وابن عبد الحَكم قائلًا: إن قوم سليما بمائتين ومعيبا بمائة، رجع بمائة والعتق والإيلاد كالموت.

الشَّيخ: لا وجه له؛ لأن المقبوض إن كان غير صفقته لزم قول ابن القاسم، وإلا كان بعض صفقته، وهو قول سَحنون، وخرج المازري وغيره الأولين على رعي ضرر الشركة ولغوه.

الشَّيخ عن الواضحة: من أخذ عبدًا من دين سلف أو بيع أو دية خطأ فوجد به عيبًا فإن أشبه كونه ثمنًا لما أخذ منه رجع بجميعه، وإن لم يشبه أخذه إلا على الهضم البين لعدم أو صلة رجع بقيمته، وفيه اختلاف وهذا أحب إليَّ وذكر عن مالك.

وفيها: إن بعت عبدك من نفسه بأمة له فوجدت بها عيبًا أو استحقت، فلا رد لك وكأنه انتزاع وعتق ولو كانت حينئذ لغيره رجعت عليه بقيمتها، كما لو قاطعت مكاتبك على أمة بيده فاستحقت أو ظهر بها عيب، وسمع عيسى ابن القاسم: من اطلع على عيب مبيع كان عند بائعه وبائعه مفلس فأراد رده على الأول أو تغرمه أرش العيب لفوت المبيع لا يقبل قول المفلس أنه اشتراه بالبراءة من ذلك العيب إلا ببينة على قوله ذلك قبل التفليس أو على شرائه كذلك.

ابن رُشْد: لا خلاف في رجوعه على الأول ونحوه في سماع يحيي وأَصْبَغ وقوله: لا يقبل قوله بعد التفليس صحيح على أصولهم لا خلاف فيه إلا أنه إن رده على الأول لم يرجع عليه إلا بالأقل من الثمنين ثمن بيعه، وثمن بيع المفلس إن كان الأول عشرة والثاني خمسة عشر رجع على الأول بعشرة وتبع المفلس بخمسة، وإن كانا بالعكس رجع عليه بعشرة والخمسة للمفلس على الأول يأخذها منه غرماؤه، وإن فات المبيع

رجع على الأول بالأقل من أرش العيب من الثمن الأول يوم بيعه ومن أرشه من الثمن الثاني يوم بيعه، وسمع عيسى رواية ابن القاسم: من اشترى جارية بستين وباعها بثمانين، فأراد مبتاعها ردها بعيب، فقال له بائعها أولًا: أنا أقيلك فرضي رجع عليه بستين لا بثمانين.

ابن القاسم: ولا يرجع على الثاني بشيء.

ابن رُشْد: هذا إن علم أن ثمنها أولًا ستون ولو جهله، وقال: ظننت ثمنها ستين حلف على ذلك، فإن أعطاه البائع الثاني بقية ثمنه لزمته الإقالة وإلا فلا.

قُلتُ: لهذه المسألة شبه بمسألة تعدي الوكيل على الإنكاح في زيادته في الصداق، ودخول الزوج عالمًا بتعدي الوكيل دون الزوجة وعكسه وعلمها، وجهلها فتأمله فإن في تقريره طولًا.

وفيها: وفي شركتها مع غيرها إن ظهر عيب يعلم أنه لا يحدث مثله عند المبتاع فله رده به، وإن كان مما يمكن حدوثه عند أحدهما فإن كان ظاهرًا حلف البائع على البت، وإن كان يخفى مثله حلف على العلم.

زاد في سماع عيسى التصريح بمفهوم قولها فقال: إن كان مثله يحدث عند المشتري لطول مدته بيده فلا رد له.

ابن رُشْد: ما يمكن قدمه وحدوثه من عيب بدني يحلف فيه البائع اتفاقًا، وفي كون حلفه على البت مطلقًا أو على العلم، ثالثها: الأول: في الظاهر، والثاني: في الخفي، لابن نافع مع يحيي عن ابن القاسم وأشهب وابن القاسم أيضًا.

الباجي: سأل حبيب سَحنونا عن الحفر في الفم، والأضراس الساقطة، وعيب الفرج، وجري الجوف هل هو من الظاهر؟

قال: يسأل عنه أهل المعرفة.

ابن رُشْد: إن نكل ففي رجوعها على المبتاع بصفتها على البائع أو على العلم مطلقًا قولا ابن القاسم في المدنيَّة مع ابن حبيب وسماع عيسى، وعز الباجي الأول ليحيي عن ابن القاسم، وقال عن ابن نافع: يحلف المبتاع في العيوب على البت ولم يفرق وبه قال ابن أبي حازم وغيره من المدنيين. فإن نكل المبتاع فقال ابن القاسم في المدنية: لزمه البيع

وهذا يقتضي أن لا حلف له بعد نكوله، ولابن نافع في المدنيَّة إن نكل المبتاع لم يرده أبدًا حتى يحلف، وهذا يقتضي أن له الحلف بعد نكوله.

اللخمي عن محمد: من ابتاع سلعة ممن باعها منه بأقل من ثمنها فظهر بها عيب مشكوك فيه حلف فإن نكل حلف الآخر وأخذ بقية ثمنه يريد شك هل هو في الصفقة الأولى أو حدث عند المشتري أولا وأحب التماسك وإن أحب الرد حلفا معًا، فإن نكل بائعها أولا وحلف مشتريها أخذ بقية الثمن وإن حلف البائع ونكل المشتري ردها وأخذ الثمن الثاني، وإن شك هل كان عند المشتري أو البائع في الصفقة الأخيرة حلف المشتري أولا وحده وبرئ فإن نكل حلف الآخر أنه لا يعلم أنه حدث عنده ويرد، وإن شك هل كان عند البائع قبل البيع أو في الصفقة الثانية أو عند المشتري حلفا معًا ويحلف البائع أنه لا يعلم أنه حدث عنده ويبرآن، فإن نكل البائع في الوجهين معًا حلف المشتري ورجع على البائع ببقية الثمن وإن حلف ونكل المشتري فللبائع أن يرد عليه ويرجع بالثمن ولا يغرم شيئًا، وإن حلف البائع أنه لا يعلمه كان في الصفقة الأولى، ونكل عن الحلف أنه لا يعلمه حدث في الأخير ولم يعلم يغرم ولا يرد ولا يمين على المشتري؛ لأنه ينكل فيرد تلك اليمين على من نكل عنها، وسمع عيسى ابن القاسم: من ابتاع عبدًا ظهر به عيب قديم، وآخر يمكن حدوثه وقدمه، فله الرد بالقديم ولا شيء عليه في الأخير إلا حلفه: ما علمت أنه حدث عندي.

ابن رُشْد: لأنه وجب له الرد بالقديم وأخذ جميع الثمن، والبائع يريد نقصه من الثمن بقوله: (حدث عندك) فهو مدع.

قُلتُ: سبقه بهذا التوجيه الباجي.

الصقلي: قال بعض أصحابنا: لا يقبل قول المبتاع في المشكوك فيه؛ لأنه إذا طلب رده بالقديم طلبه البائع بأرش المشكوك فيه فيحلف ويرده، وهو بين في سماع عيسى.

ابن رُشْد: فإن نكل المبتاع حلف البائع أنه ما يعلم العيب عنده أو ما كان عنده إن كان ظاهرًا وثبت حكم حدوثه عند المبتاع، فإن نكل البائع لزمه العيبان حسبما في سماع عيسى.

اللخمي: لو قال المشتري في الممكن حدوثه هو حديث وأنا أتمسك وأرجع بقيمة

العيب القديم، وقال البائع: هو قديم فأمسك ولا شيء لك أو رد ولا شيء عليك، فالقول قول البائع على قول ابن القاسم وعلى قول ابن وَهْب، وعيسى القول قول المشتري مع يمينه فيرجع بالقديم.

التونسي: لو ثبت معهما عيب حادث فإن رد كان القول قوله في المشكوك فيه مع يمينه وغرم ما يخص الحادث عنده، وإن أمسك ورجع بقيمة العيب القديم فالقول قول البائع في المشكوك فيه مع يمينه.

ابن محرز والمازري: إيجاب حلف البائع مع الشك في حدوث العيب وعدم تحقيق الدعوى عليه لشبهة شك أهل المعرفة في قدم العيب مع تحقق وجوده بخلاف من شك في ثبوت حق له على غيره لا يمين له عليه اتفاقًا، والصواب فيمن شك في قضائه دينا عليه أن لا يمين له على رب الدين.

المازري: في تحليفه اختلاف في المذهب من نفاه رأي الشك لا شبهة له، ومن أثبته رأى أن الشك في القضاء يصير الدين مشكوكًا في ثبوته قلت: قوله: يصير الدين مشكوكًا في ثبوته، واضح ضعفه.

ابن الحاجب: إن تنازعا في العيب الخفي أو قدمه فالقول قول البائع.

ابن عبد السلام: لا مفهوم لقوله: (الخفي)؛ لأن العيب الظاهر لا رجوع به، وهو قول ابن حبيب، وغير واحد من الموثقين.

قُلتُ: عزاه لابن حبيب، الصقلي وصوبه، وعزا لمالك خلافه في مسألة الزلاء في المدَوَّنة، وفيما ذكره عن غير واحد من الموثقين نظر؛ لأن المتيطي وغيره منهم وابن سهل، وغيره من الأندلسيين أوجبوا اليمين على البت، في العيب الظاهر، ومثله لابن عات في غير موضع من الطرر منها قوله: من امتنع من دفع ثمن ما ابتاعه لدعوى عيب به إن كان ظاهرًا لا طول في القيام به لم يلزمه دفعه حتى يحاكمه، وقاله ابن رُشْد إن كان شيئًا ينقضي من ساعته، والحق أنه لا خلاف في الرد بالعيب الظاهر وكلام المتقدمين والمتأخرين يدل على أن العيب الظاهر مشترك أو مشكك يطلق على الظاهر الذي لا يخفى غالبًا على كل من اختبر المبيع تقليبًا ككون العبد مقعدًا أو مطموس العينين، وعلى ما يخفى عند التقليب على من لم يتأمل، ولا يخفى غالبًا على من تأمل ككونه أعمى وهو

قائم العينين فالأول لا قيام به، والثاني يقام به اتفاقًا فيهما، ومما يدل على ذلك قول اللخمي:

قال مالك: يرد بالعيب الظاهر لا يخفى.

محمد: ولو طالت إقامته.

ابن القاسم: لا يمين له إلا أن يكون من الظاهر الذي لا يشك أنه لا يخفى كقطع اليد والرجل والعور.

اللخمي: إن كان مطموس العينين لم يرد به إلا بفور الشراء، ولو قيل لا يصدق أنه لم يره كان وجهًا، وكذا أقطع إن قلب يديه، وإن قال: كتمني العبد هذه اليد حلف على ذلك فيما قرب، وقطع الرجل أبين أن لا يمكن من الرد إلا أن يكون بفور تصرفه عند العقد والشراء وهو جالس، وروى محمد: إن ابتاع نحاس غلامًا فأقام عنده ثلاثة أشهر حتى صرع ونقص حاله فوجد به عيبًا فلا رد له؛ لأنه يشتري فإن وجد ربحًا باع، وإلا خاصم.

ابن القاسم: أحب إليَّ إن كان عيبًا يخفى حلف ما رآه ورده، وللصقلي في ترجمة الرد بالعيب والتداعي فيه ما نصه: قال ابن حبيب: وهذا فيما يخفى، وأما في الظاهر فاليمين على البت فما نقله أولًا عن ابن حبيب هو في القسم الأول، وما نقله عنه ثانيًا هو في الثاني، فلو تأمل نقليه ما حمل قوله: (أولًا) على الخلاف ثم وقفت على نقل ابن الحاج في نوازله عن ابن أبي زَمَنَيْن ما نصه: من اشترى شيئًا وأشهد على نفسه أنه قلب ورضي ثم وجد عيبًا مثله يخفى عند التقليب حلف ما رآه، ورده إن أحب، وإن كان ظاهرًا مثله لا يخفى عند التقليب لزمه، ولا رد له، وإن لم يشهد أنه قلبه رد من الأمرين معًا قاله عبد الملك وأصبغ.

[باب فيما يثبت به العيب]

يثبت العيب عند المبيع في سماع عيسى أهل البصر.

الباجي: ما يطلع عليه الرجال قال محمد: لا يثبت إلا بعدلين من أهل العلم بعيوب تلك السلعة فيما يستوي الناس في معرفته، فإن اختصت معرفته بأهل العلم

كالأمراض المختصة بمعرفتها الأطباء لم يقبل إلا أهل المعرفة بها إن كانوا عدولًا فهو أتم وإن لم يوجد فيهم عدول قبل غيرهم، وإن لم يكونوا مسلمين؛ لأنه خبر عما ينفردون بعلمه[1].

قُلتُ: ظاهر قوله: فهو أتم صحة الاجتزاء بغير العدل مع وجوده، ولفظ المازري إن لم يوجد من يعرف هذا إلا من ليس بعدل من أهل الإسلام أو غيرهم اكتفى بهم للضرورة كقبول شهادة الصبيان في الجراح للضرورة ونحوه قول ابن رُشْد: القياس قبول قول القائف وإن كان غير عدل كقبول قول النصراني الطبيب فيما يحتاج لمعرفته كالعيوب، ولفظ المتيطي: يقبل في الشهادات بالعيوب أهل المعرفة بها عدولًا كانوا أو غير عدول، ويقبل في ذلك أهل الكتاب إذا لم يوجد سواهم يقتضي قبول غير العدول لا بشرط عدم العدول لإطلاقه أولا وتقييده في أهل الكتاب.

قُلتُ: والواجب في قبول غير العدل عند الحاجة إليه سلامته من جرحة الكذب، وإلا لم يقبل اتفاقًا ولذا علله الباجي بأنه خبر ولا خلاف في لغو خبر المجروح بالكذب، قال: وإن كان مما لا يطلع عليه الرجال كعيب جسد المرأة فظاهر قول مالك أن ما تحت الثوب من عيب تقبل فيه شهادة امرأتين.

وقال سَحنون: إن كان في الجسد بقر عنه ينظر إليه الرجال وما بالفرج يشهد فيه النساء، وعندي إن أمكن ستر ما حواليه وإظهار موضع العيب فقط لم يبقر الثوب فإن كان العيب الذي يشهد به النساء مما يستوي فيه النساء قبل فيه امرأتان من عدولهن دون يمين وإن كان من العيوب التي ينفرد بمعرفتها الرجال شهدت امرأتان بصفته وسأل أهل العلم عن حكمها، وسمع القرينان: من قبض جارية ابتاعها على أنها عذراء فقال: وجدتها ثيبًا وأكذبه بائعها، وقال: لعلك افترعتها أو غيرك؟ نظرها النساء إن قلن نرى

---

(1) قال الرَّصاع: قال: سماع عيسى أهل البصر ثم نقل عن الباجي أن ما يطلع عليه الرجال وتستوي الناس في معرفته فلا بد فيه من عدلين وإن اختص معرفته بأهل العلم من الأطباء لم يقبل إلا أهل المعرفة بها ولا تشترط العدالة عند الحاجة، وزاد الشَّيخ: إذا لم تشترط العدالة فلا بد من سلامته من جرحه الكذب، وإن كان مما لا يطلع عليه الرجال فامرأتان انظره والله أعلم.

أثرًا قريبًا من افتراعها حلف البائع، ولزمت المبتاع.

ابن رُشْد: جعل شهادة النساء موجبة لقبول قول من شهدن له مع يمينه كالشاهد الواحد واليد والرَّهن وإرخاء الستر ومعرفة العفاص والوكاء وشبهه.

قلت في قوله: (ومعرفة العفاص والوكاء) نظر؛ لأن المعروف أنه لا يحلف معه إذ ليس فيه منازع قال: ولو كان ما رآه النساء منها أمرًا فيما لا يشككن في قدمه أو حدوثه إذ ذلك مما تعرف حقيقته بالنظر لكانت شهادتهن بذلك عاملة دون يمين على ما سمعه عيسى، وكان من أدركناه من الشُيُوخ ومن لم ندرك من المتقدمين يحملون هذا السماع على الخلاف لرواية عيسى، وعلى ذلك اختلفوا في الحائط، بين داري رجلين يدعيه كل منهما ملكًا له وتشهد البينة بأنه لأحدهما من حقوق داره بدليل عقود البناء وشبهه هل يقضى له بذلك مع يمينه أو دون يمين، وهذه عندي مسألة أخرى لا ينبغي أن يختلف في إيجاب اليمين فيها، إذ لا يمكن البينة أن تشهد بالملك من جهة دليل البناء إذ قد تكون لمن لا دليل له فيه بشرط في مقاسمة الدار أو بيع أو هبة أو شبه ذلك، وباليمين أفتى أبو عمر الأشبيلي وهو نص ابن الماجِشُون ولو كان المتداعيان في الحائط لا يدعيه كل واحد ملكًا لنفسه إنما يقول إنه من حقوق داره، يقضي له دون يمين.

قُلتُ: كونه من حقوق داره ملزوم؛ لأنه ملك لما تقرر أن المملوك للآدمي إنما هو منافع الذات ما دامت موجودة لا الذات.

ابن عات: أخبرت عن بعض الشُيُوخ من ادعى في أمة ابتاعها استرخاءها عند الجماع أي تغوط وأنكره البائع إنها تطعم أيامًا متوالية ما يعتبر به ذلك كالبقل، ونحوه ثم يجامعها فإذا فرغ نظر النساء ثيابها فإن رأين أثر ذلك ردت.

قُلتُ: في قوله: (نظر النساء) نظر، والصواب الرجال، وتقدم نحوه في عيوب الزوجة.

الباجي عن ابن الماجِشُون إن كان العبد المعيب حيًا حاضرًا أجزأ فيه قول واحد من أهل المعرفة وإلا لم يثبت إلا بعدلين. قال بعضهم: هذا إن كان القاضي أرسله ليقف عليه، وإن كان المبتاع وقفه عليه لنفسه، فلا يثبت إلا بعدلين اتفاقًا من أصحاب مالك، وفي أحكام ابن زياد: قام عندي مدعي عيب أمة فبعثت امرأة وثقت بها لتنظرها

فشهدت بأن بها عيبًا قديمًا يرد بمثله فأجاب.

ابن لبابة: بالحكم لمبتاعها بالرد، فتعقبه ابن سهل: بأن شهادة المرأة الواحدة في العيب لا يحكم بها.

قُلتُ: لعله جعله خبرًا لا شهادة؛ لأنه ببعث القاضي، وخبر المرأة كالرجل، ثم رأيت لابن عات عن أبي زيد وابن حبيب عن ابن الماجِشُون، إن كان المعيب قائمًا والعيب من أمور النساء سأل القاضي عنه أهل البصر وأخذ فيه بقول المرأة الواحدة، وقال المتيطي: معه عن بعضهم على قول مالك في الأمة الموقوفة للاستبراء يكفي فيها قول امرأة واحدة يثبت العيب بامرأة واحدة ويرد بأن في العيب منازعًا، والاستبراء لا منازع فيه، وعاب ابن سهل: قضاء القضاة بشهادة البينة بالعيب وإنه يحط من الثمن ويوجب الرد، وخطأ ابن لبابة في قبوله ذلك، وفتواه بعض القضاة على ذلك، وقال: الخطأ على ابن لبابة أقبح منه على القاضي إذ كان عليه أن يرشده، وقد أنكره ابن عتاب في شهادة شهود، وصلوا به شهاداتهم في عيب حوانيت وأنكرته أنا على شهود في حائط وقمطه أنه لفلان منهما، وقلت: ليس ذلك إليهم ولا يسمع منهم إنما يؤدون الشهادة بما عاينوا من حال البناء ووضعه ثم يفتي الفقيه على ذلك؛ لكني رأيت هذا المعنى كثر عند الحكام، ولا ينكرونه، وبلغني عن بعضهم أنه قال: لم تزل الشهادة تؤدى على هذا، والشُيُوخ متوافرون لا ينكرونه، ورأيت جواب جاهل بحال الفتيا أفتى في قناة ظهرت بدار مبيعة بقرب بئرها. قال: يقال للشهود هل يجب بذلك الرد قالوا يجب ردت فليت شعري ما الذي استفتى هو فيه؟ وإذا ثبتت الجهالة في الناس ظنت حقًا وحسبت سنة.

قُلتُ: لعل ذلك عندهم في الشهود الذين يعلم أنهم يعلمون ما يفرقون به بين ما يجب به الرد وما لا.

المتيطي: قولنا في شهادة الطبيب إن العيب الذي شهد به ينقص الثمن، حسن، وقال بعض المفتين: إنما يجب أن يبين صفة الداء فقط، ويشهد بنقص الثمن عدلان سواه، بعد أن تصف البينة لهما الداء؛ لأن الضرورة ارتفعت في هذه الزيادة، قال بعض الموثقين: الأول أحسن؛ لأن من لا يدري الداء كيف يدري نقص الثمن.

الباجي: إن شهد بقدم العيب شاهد واحد. قال محمد: يحلف معه المبتاع على

البت، وإن كان خفيًا، فإن نكل ففي حلف البائع على البت، أو العلم قولا محمد وأصبغ.

اللخمي: ليس هذا ببين، وأرى إن كانت الشهادة على قدمه وعلم البائع به، وقال المشتري: نعلم صحة الشهادة؛ لأن البائع اعترف عندي بذلك فحلف المشتري على البت وردها عند النكول كذلك، وإن قال الشاهد: علمته قبل البيع، ولا أدري هل رآه البائع، وقال المشتري: لا علم لي إلا بقول الشاهد لم يحلف مع شهادته على الصحيح من المذهب؛ لأنه يكلف اليمين على بت الشهادة ولا علم عنده من صدق الشاهد واليمين هنا في جنبة البائع على العلم، وكأنه لم يشهد بها شاهد، وإن قال الشاهد: علم بذلك البائع ولا علم عند المشتري من صدقه كانت اليمين في جنبة البائع فيحلف على البت في تكذيب الشاهد وعلى العلم في قدم العيب فإن نكل عن العيب وحلف على تكذيب الشاهد رجعت اليمين على المشتري على العلم بمنزلتها لو لم يشهد بذلك شاهد، وإن نكل عن تكذيب الشاهد رد البيع ولم ترد اليمين، وإن قطع المشتري بصدق الشاهد ولم يقطع بمعرفة البائع حلف المشتري على البت، فإن نكل حلف البائع على العلم، ولو اختلف أهل البصر في العيب، فقال بعضهم: يوجب الرد، وقال بعضهم: لا يوجبه فللمتيطي عن المَوَّازِيَّة وابن مزين وغيرهما يسقطان؛ لأنه تكاذب قال بعض الموثقين، إن تكافأتا في العدالة وإلا حكم بالأعدل.

قُلتُ: الجاري على قول الغير فيها في اختلاف المكاتب وسيده في قول المكاتب نجمت علي في عشرة أنجم، وقال السيد: في خمسة، أن تقدم بينة السيد؛ لأنها زادت.

وفي من مات وترك ولدين مسلمًا ونصرانيًا كلاهما يدعي أن الأب مات على دينه وأقاما على ذلك بينة من المسلمين وتكافأتا في العدالة، أن المال للمسلم أن تقدم بينة الرد؛ لأنها زادت لقولها الأصل السلامة ثم وجدت لابن سهل أن ابن القطان أفتى بذلك، وقال هو معنى المَدَوَّنة والعتبية.

ابن سهل: الذي أشار إليه في المَدَوَّنة هو قولها في اختلاف المقومين في السرقة، وقوله: في سماع عيسى: إن اجتمع رجلان على القيمة لم يلتفت لمن خالفهما، وفي نوازل سَحنون من شهد عليه بقتل عمدًا فأتى ببينة أنه كان ببلد نائية عن موضع القتيل إذا

حق الحق لم يبطل إلا بجرح الشهود، وتمامها في الشهادات، ثم قال عن محمد: من أحضر حقًا لقضائه ربه فقال شاهدان: هو رديء، وقال آخران: هو جيد لم يقض بقبوله، ولو قبضه، فلما قلبه وجده رديئًا بزعمه، وشهد له به شاهدان وشهد آخران أنه جيد لم يقض له برده.

اللخمي: وكذا من باع ثوبًا لجنس فأراه مشتريه لأهل البصر، فاختلفوا فيه، إن تكافئوا في العدالة لزم المشتري، فأما إن لم يشتره على التصديق وإنما اشتراه بشرط إن كان من ذلك الجنس فلا يلزمه إذا اختلفا، ويلزمه ذلك إن اشتراه على التصديق؛ لأن اختلاف أهل المعرفة فيه عيب.

قُلتُ: عيب حادث لا قديم والأظهر إن كان الجنس المشترط هو غالب موضع التبايع فلا رد له، كقولها في اختلافهما في حدوث العيب وقدمه وإلا فله الرد.

ابن سهل: شهادة شاهد بعيب قديم وشهادة آخر بآخر قديم لغو، لعدم اجتماعهما على عيب واحد، وأشار ابن عتاب لتخريجها على قولي سَحنون في إعمال شهادة شاهد بجرحة رجل بشيء معين وآخر بآخر، ويرد بملزوميته الشيئين في الجرحة لوصف زائد عليهما هو الفسق، فاجتمعا على شيء واحد والعيبان لا شركة بينهما في أمر زائد عليهما.

وفيها: من ابتاع عبدًا فأبق بقرب البيع فقال له لبائعه أخشى أن يكون أبق عندك فاحلف لي، فلا يمين عليه، وما جهل أمره فهو على السلامة حتى تقوم بينة، وسمع ابن القاسم: من اشترى عبدًا فأبق منه فزعم العبد أنه أبق عند بائعه، فعلى بائعه اليمين.

ابن رُشْد: قول ابن القاسم بإيجاب اليمين على البائع ولو لم يعلم إباقه عند المشتري إلا بقوله مثل ظاهر سماعه هذا إذا لم يفرق بين ثبوت إباقه عند المشتري وعدمه خلاف ما في المدَوَّنة، وقول أشهب لا يمين عليه مثل سماعه في رسم الأقضية، ومثل ما في المدَوَّنة حكى ذلك محمد عنهما، وقال: من رأيه قولًا ثالثًا، لا يمين عليه إلا أن يظهر العيب عند المشتري وما في المدَوَّنة إنما هو لأشهب لا لابن القاسم، وكذا القول في السرقة والزنا وعيوب الأخلاق، وقول بعض الشُيُوخ ليست هذه الرواية بخلاف لما في المدَوَّنة؛ لأنه إنما أوجب فيها اليمين على البائع لقول العبد أنه أبق عند بائعه فهي شبهة غلط ظاهر لا أثر لقول العبد لتهمته على إرادة رجوعه لبائعه.

اللخمي: إن سرق عبد أو أبق عند مبتاعه فادعى علم أنه فعل ذلك عند بائعه فعليه اليمين وإن لم يظهر ذلك عنده، وقال: يمكن أنه فعله عندك فلا يمين عليه اتفاقًا فيهما وإن قال: فعل ذلك عندي وأخبرت أنه أحدث مثله عندك فأصل ابن القاسم أنه يحلف، وقال أشهب: لا يمين عليه، ولابن القاسم في الموَّازيَّة إن قال: أبق عند البائع أو سرق أو زنى أو جن أو غير ذلك مما لا يعلم إلا بقوله: حلف البائع على علمه.

وقال ابن القاسم: لا يمين عليه وهو ظاهر قول ابن القاسم في المدَوَّنة، وذكر ما حكاه ابن رُشْد عن محمد وصوبه، قال: وكذا إن قال المشتري سرق عندي وهو من أهل الدين والثقة فأرى أن يحلفه.

[باب صفة يمين البائع في العيب]

[صفة يمين] البائع: قال أبو عمر: يحلف لقد باعه وما به عيب، أو ما به ذلك العيب(1).

قُلتُ: هذا مقتضى الأصول؛ لأن متعلق اليمين إنما هو نقيض نفس الدعوى، وقول ابن الحاجب: يمينه بعته وأقبضته وما به عيب، خلاف المذهب في قوله، وأقبضته لما علم من نصوص المذهب أن الضمان فيما ليس فيه حق توفية وهو حاضر أنه بالعقد لا بالقبض، وكذا اقتصاره على قوله: وما به عيب إنما الواجب عليه نفي العيب المخصوص فإن نفاه بصيغة العموم كفاه حسبما تقدم لأبي عمر.

وفيها: من رد عبدًا بعيب فادعى بائعه أنه رضيه فلا يمين عليه إلا أن يدعي علم رضاه بمخبر أنه أخبره أنه تسوق به بعد علمه بالعيب أو رضيه أو تقول بينته له فرضيه.

اللخمي: لأشهب في الموَّازيَّة لا يمين له عليه، وإن ادعى أن مخبرًا أخبره وهو أصوب لإمكان كذبه ليحلفه وعليه أن يحضر من أخبره، فإن كان عدلًا فله أن يحلف معه، وإن كان حسن الحال غير عدل أحلفه به، وإن كان ساقط الحال فهو لغو وعزا

---

(1) قال الرَّصاع: صوب الشَّيخ ذلك، وقال: إنه مقتضى الأصول. انظره هنا، وانظر: فصل الدعوى.

الصقلي قولها للواضحة أيضًا، قال: وقال ابن أبي زمنين: ويحلف البائع لقد أخبره بذلك مخبر، ورواه يحيي بن عمر عن ابن القاسم، وقال بعض شُيُوخنا: ويزيد البائع في يمينه مخبر صدق، ولو عين من أخبره سقطت يمينه، ولو مسخوطًا.

قُلتُ: ونقله الباجي بلفظ واشترط فيه بعض المتأخرين أن يحلف لقد أخبرني مخبر صدق خوف الإلغاز يقيم صبيًا أو مسخوطًا يخبره بذلك. قال: وإن أظهر الذي أخبره بذلك لزم المشتري أن يحلف. وإن كان المخبر مسخوطًا، ويجب على هذا التعليل إن كان المخبر ممن لا يعبأ بقوله لم تجب اليمين.

قُلتُ: ففي حلفه بقول البائع أخبرت برضاك العيب مطلقًا، ثالثها إن عين المخبر ولو كان مسخوطًا أو حلف أن مخبرًا أخبره بذلك، ورابعها هذا بزيادة مخبر صدق، وخامسها لا يحلف إلا بتعيين مخبر مستور لها مع الواضحة، ولأشهب ولابن أبي زَمَنَيْن مع ابن القاسم وبعض الشُيُوخ، واللخمي: ولما ذكر المتيطي بعض ما تقدم قال: وفي العتبيَّة قال سَحنون: أخبرني أشهب وابن نافع عن مالك: من أراد تحليف من رد عليه جارية بعيب أنه ما وطئها منذ رأى العيب، فلا يمين عليه له، قال سَحنون: جيدة.

وقال ابن القاسم في سماع عيسى: إن كان متهمًا حلف وإلا فلا.

قُلتُ: هذا يدل دلالة واضحة أن سماع عيسى عنده فيمن رد على حاضر، وليس الأمر كذلك إنما هو فيمن رد جارية بعيب على غائب، وتقدمت في الرد على الغائب.

قُلتُ: هو جواب سَحنون واحتجاجه برواية أشهب وابن نافع فإن قلت قول ابن رُشْد احتجاج سَحنون بذلك صحيح؛ لأن الإمام إنما يحلف فيها لو كان حاضرًا وإن أراد أن يحلفه فيه؛ لكن له أن يحلفه فيه، يدل على مساواة تحليفه للغائب لتحليفه للحاضر، وهذا موافق لنقل المتيطي.

قُلتُ: إن سلم ما قاله ابن رُشْد فإنما يوافقه قياسًا وتخريجًا لا نصًا، والمتيطي إنما ساقه مساق النص، وذكرها بن سهل على الصواب.

قال في أحكام ابن زياد: إذا رد جارية بعيب مبتاعها يحلف أنه ما وطئها، قاله محمد بن وليد وأيوب بن سليمان.

وقال ابن لبابة: إن كانت من الوحش، فلا يمين عليه إلا أن يكون متهمًا.

قال ابن سهل: قول ابن لبابة هو قول ابن القاسم في سماع عيسى في جارية ابتاعها، وغاب بائعها، ووصل بها في العتبيَّة سئل عنها سَحنون فذكر ما تقدم.

قال ابن سهل: فأسقط مالك وسَحنون اليمين والبائع يدعو إليها فاتهامه بوطء الجارية.

أما في مسألة ابن لبابة وأصحابه فلا يمين فيها على حال إذ ليس في مسألتهم أن البائع دعا إلى ذلك، وأظهر اتهام المبتاع بالوطء فلمن يحلف إذا لم يطلبه المبتاع؟ وأخل المتيطي بعدم ذكر تعقب ابن سهل.

قال الباجي: وإن اتفق الشاهدان على تاريخ العيب، واختلف المتبايعان في تاريخ البيع، فعلى قول أشهب القول قول البائع انتقد أو لم ينتقد، وعلى قول ابن القاسم إن انتقد فالقول قوله، وإلا فالقول قول المبتاع، وقد قال كل منهما في هذا الأصل بالقولين.

قُلتُ: وتمامها في عهدة الثلاث والمذهب ما اغتله مبتاع من حادث في مبيعه بعد عقده لا شيء عليه منه إن رده بعيب لحديث الترمذي بسنده عن مخلد بن خفاف عن عروة عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ: **«قضى أن الخراج بالضمان»**[1].

عبد الحق: مخلد بن خفاف معروف بهذا الحديث لا يعرف له غيره، وقال أبو عيسى فيه: حديث حسن.

ابن القطان: ليس في هذا الكلام ما يبين حكم هذا الخبر عنده ومخلد مدني ثقة، ذكره المنتجالي عن أحمد بن خالد عن ابن وضاح وليس في هذا الحديث من ينظر فيه سواه فهو صحيح.

قُلتُ: هذا يقتضي أن ليس لعبد الحق فيه من الكلام غير ما نقل من كلامه وليس كذلك؛ لأنه أتبعه بقوله ورواه الترمذي أيضًا من حديث عمر بن علي المقدمي عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة عن النبي ﷺ، وإنما يعرف هذا بمسلم بن خالد

---

(1) أخرجه الترمذي رقم (1285) في البيوع، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيبًا، وأبو داود: رقم (3508) و(3509) و(3510) في الإجارة، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيبا، والنسائي: 8/254، 255 في البيوع، باب الخراج بالضمان.

الزنجي عن هشام: ومسلم بن خالد لا يحتج به وعمر بن علي كان يدلس، وبه ضعفه من ضعفه وكان ابن حنبل يثني عليه، ويذكر تدليسه، وقال الترمذي في حديث عمر بن علي هذا الذي رواه عن هشام بمثل رواية مخلد بن خفاف: حديث حسن صحيح.

قُلتُ: فقد صرح بنقل صحته، وحديث مسلم بن خالد ذكره أبو داود عن مسلم بن خالد قال: حدثنا هشام بن عروة، عن أبيه عن عائشة أن رجلًا ابتاع غلامًا فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم ثم وجد به عيبًا فخاصمه إلى النبي ﷺ: فرده عليه فقال له الرجل يا رسول الله قد استغل غلامي فقال رسول الله صلى الله وسلم: **«الخراج بالضمان»**[1].

الترمذي: تفسيره أن العبد لو هلك هلك من مال المشتري.

وفيها: غلة ما رد بعيب من عبد أو دار عند مبتاعه له، والولد كأمه ولا غرم للولادة إلا أن ينقصها.

الصقلي: ويجبر بالولد كقوله في الأمة.

ابن رُشْد: الغلة أقسام: ما لا يتولد عن المبيع كالعبد يؤاجر والمسكن يكرى لمبتاعه إلى يوم رده، وعليه نفقته، وما يتولد عنه، وشأنه قبضه كلما تولد كاللبن كما لا يتولد، وما شأنه أن لا يقبض إلا في أوقات معهودة من صوف وطعم نبات كالنخل، فإن لم يكن بها ثمر يوم البيع ولا يوم الرد فلا شيء في سقيها، وقيل: يرجع به على مذهب ابن القاسم وهو جار على كون الرد نقض بيع أو ابتداء بيع بقاء الثمرة للمبتاع وقاله أَصْبَغ في البيع الفاسد، والرد على أنه نقض مثله، وفي جده ما تقدم وفي جده قبل إباره، ولو كان أبر وطاب فهو للمبتاع هذا قول ابن القاسم، فيها لا أعرف له خلافه وعلى قوله في المَوَّازِيَّة في الاستحقاق أن يرده ما لم ييأس ويرجع بالسقي والعلاج وعلى ما لأبي زيد عنه في الاستحقاق أن يرده ويرجع ما لم تجد كقول أشهب فيها إنه إذا اشترى الثمرة وقد أبرت، ولا فرق على مذهبه في هذا بين شراء النخل ولا ثمرة فيها أو فيها ثمرة أبرت أم لا؛ لأنه رآها ما لم تطب تبعًا للأصول لا حصة لها من الثمن وإن لم

---

(1) أخرجه أبو داود: رقم(3510) في الإجارة، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيبًا.

تجب لـه بعـد الإبـار إلا باشـتراطه إذ لا يـصح بيعهـا مفـردة عـن الأصـل وقالـه ابـن الماجِشُون في البيع الفاسد: أنه يرد الثمرة ما لم تجد، ولا فرق في الرد بالعيب وبفساد البيع، وبالاستحقاق، ففي صيرورة الثمرة غلة في الثلاثة بالإبار أو الطيب أو اليبس، رابعها: لا إلا بالجذاذ وإن كان بها ثمر يوم البيع وردها ولم تؤبر ففي رجوعه بها نقل فضل عن ابن القاسم مع أشهب، ودليل قول ابن القاسم فيها: فإن جده كان كعيب حدث عنده، ولو أبرت قبل الرد أو طابت، فكما تقدم إذا اشتراها ولا ثمر فيها، فأبرت قبل الرد أو طابت اتفاقًا واختلافًا وإن كان بها يوم البيع ثمر أبر وقام بالعيب قبل طيبه رد معها اتفاقًا، ويرجع بها عند ابن القاسم وأشهب فإن جده كان كعيب حدث عنده فإن قام به بعد طيبه ففي رده معها، ولو جد ومكيلته إن فات، وقيمته إن جهلت، ويرجع بها، وكونه غلة، ثالثها مضيه بمنابه من الثمن إن يبس لابن القاسم وأشهب، وتخريج سَحنون على قول ابن القاسم في الشفعة لعده ذلك تناقضًا منه، وعلى كونها غلة أو مضيها بالثمن في حد ذلك بالطيب أو اليبس، ثالثها بالجد ولو ذهب الثمر في هذا الوجه بجائحة رد المعيب، ورجع بجميع الثمن اتفاقًا ولو كان بها يوم البيع ثمر طاب، رده معها ومثله إن فات، فإن جهلت مكيلته ففي مضيه بمنابه من الثمن، ورد قيمته بدله قولان وحكم الرد لفساد البيع كالرد بالعيب إلا أن رده للفساد لازم، فهو نقض بيع اتفاقًا، وجد الثمرة فيه قبل الإبار أو بعده فوت يوجب تصحيحه بالقيمة، ورجح اللخمي: كون الثمرة بالطيب غلة وجعله المازري المشهور، قال: وكذا في البيع الفاسد، وفي الاستحقاق والشفعة، ترد ما لم تيبس، وفي التفليس ترد ولو يبست ما لم تجد، وقد اختلف في هذه المسائل فقيل الإبار فيها فوت، وكان أشياخي يرون أنه لا يتحقق فرق يقتضي اختلاف أجوبة هذه المسائل الخمس فيدخل في جميعها الفوت بالطيب، وباليبس وبالجداد والإبار قول وقع في المذهب من غير تخريج، وهو مقتضى كون الرد بالعيب ابتداء بيع وكذا في الشفعة، ولا يتصور هذا في الاستحقاق والبيع الفاسد، ولما ذكر اللخمي قولي ابن القاسم، وأشهب إذا اشتراها وبها ثمر أبر، قال: إن لم يزد ثمرها في ثمنها شيئًا أو زاد ما لا خطب له كان له بغير ثمن وإلا كان مبيعًا، وأرى أن يمضي بما ينوبه من الثمن يوم البيع وأصل مالك وابن القاسم في العيوب عدم

تهمتهما في البيع وإذا لم يتهما على إظهار البيع في الرقاب ليتوصلا لبيع الثمر قبل بدو صلاحه مضى بمنابه من الثمن.

الباجي: لا يجوز ترك التمر بحصته من الثمن؛ لأنه لا يجوز إفراده قبل بدو صلاحه بالبيع. ولما ذكر قول ابن القاسم إذا رد الثمن رجع بالسقي والعلاج قال: وعندي أنه لا يكون له من العمل إلا ما لولا الثمرة لم يعلمه؛ لأنهم لم يذكروا في الغنم الرجوع بالرعي والسقي.

وفيها: لو هلكت الثمرة المأبورة يوم البيع ثم وجد بالنخل عيبًا ردها ولا شيء عليه في الثمر: ابن محرز عن بعض المذاكرين قوله في هلاك الثمرة من غير سببه لا شيء عليه فيها يدل على أنها لا حصة لها من الثمن إذ لو كان لها حصة لكان لها ضامنًا، وقال بعضهم: هذا لا دلالة فيه وإنما لم يضمنه؛ لأنها غير مقبوضة له، ألا ترى أنه لا يجوز شراؤها مع أصلها بطعام نقدًا.

ابن محرز: كل هذا غير صحيح، أما القول الأول فقد نص ابن القاسم على خلافه، وهو قوله: لو جدها كان لها ضامنًا فلو لم تكن لها حصة من الثمن ما اختلف حكمها إذا هلكت قبل جدها أو بعده، ولقوله: لو جدها بعد طيبها ثم جاء شفيع حط عنه من الثمن ما ينوبها يوم البيع، والقول الثاني متناقض لأنه يجب إذا كان الضمان على البائع أن يرجع المشتري عليه بما ينوبه من الثمن. قلت: يرد رده الأول بأنها قبل الجد تابعة فلم يكن لها حظ من الثمن وبعده مستقلة فإن هلكت ضمنها، كمال العبد يهلك قبل انتزاعه أو بعده، وإليه أشار فيها بقوله: وهي كمال العبد إن انتزعته رددته معه فإن هلك المال قبل انتزاعه لم يلزمك له نقص إن رددته بعيب، وكذلك ما يأتي على الثمرة من أمر الله قبل جدادها، وذكر المازري ما ذكره ابن محرز ولم يجب عنه، قال: وذكر بعض المتأخرين لو اشتراها بعد الزهو ضمنها وإن لم تفارق الشجر إذا هلكت بأمر من الله.

قُلتُ: هو الصقلي: وفيها: لا شيء عليك فيما حلبت من لبن ولو كان في ضروعها يوم البيع ولا فيما انتفعت به من زبد أو سمن.

اللخمي: إن لم تكن حين البيع مصراة؛ لأنه حينئذ مبيع على الصحيح من المذهب وإن كانت حين الرد مصراة فله أن يحلبها ثم يرد؛ لأنه قد جمع ولم يبق فيه إلا حلبه.

وفيها: ولا فيما جزت من صوف أو وبر، وإن كان يوم الصفقة تامًا رددته بردها بعيب أو مثله إن فات.

اللخمي: ما حدث بعد العقد فهو غلة بجزازه ولو جزه قبل وقته، وما لم يجزه في كونه غلة بتمامه أو تعسامه أو جزه ثلاثة قياسًا على الطيب واليبس والجد في التمر، وفي رد ما كان بها تامًا يوم البيع قول ابن القاسم وأشهب فيها وعلى الأول يرده أو مثله إن فات، وقول اللخمي: الأول أحسن؛ لأنه يزاد في الثمن لأجله، وللمشتري غرم مثله؛ لأن خطبه قريب كالقول في الجلد المستثنى يغرم مثله أو قيمته، وإن وجد العيب بعد أن صار عليها صوف وتم ردها ولا شيء عليه للأول وهذا أبين من جبر العيب بالولد.

الباجي: لم يذكروا الرجوع بالرعي والسقي وإنما يرجع بالجز عندي ولم أر فيه نصًا وبه استدل على ما تقدم له في السقي، والعلاج. قال: وما تلف قبل الجز فلا شيء عليه.

وفيها: إن هلك مال العبد قبل ا نتزاعه فلا شيء عليه فيه في رده بعيب، وإن انتزعته رددته معه.

الباجي: ما وهبه له غير المبتاع أو تصدق به عليه أو ربحه فيما بيده كما بيده يوم البيع وما وهبه له مبتاعه أو أفاده من عمله أو ربحه في مال دفعه له مبتاعه فله إمساكه.

المازري: هذا بناء على أن ماله تبع له وأن لا حصة له من الثمن ولذا جاز اشتراطه ولو كان مجهولًا ولو كان فيه عبد أبق.

قُلتُ: ومنه قولها في آخر شراء الغائب: من اشترى عبدًا واستثنى ماله، وماله دنانير ودراهم، وعروض ورقيق بدراهم نقدًا أو إلى أجل جاز. الصقلي عن الموَّازيَّة لو استثنى ماله وله جارية رهنها البائع إن افتكها فهي للعبد.

محمد: عليه افتكاكها من ماله، ولو كانت حاملًا منه فهي تبع له وولدها للبائع؛ لأنه ليس بمال له ولا يفسخ البيع؛ لأنه لو استثنى ماله وفيه عبد آبق فلا بأس بذلك.

محمد: وأظنها رواية أبي زيد عن ابن القاسم وأتوقف عنها، وعزا المازري: ما في الموَّازيَّة لمالك قال: وتوقف محمد في مسألة الجارية دون الآبق فلعله يفرق بينهما فإن الإباق الظاهر عدمه فلا يقصد بشيء من الثمن، والجارية معينة فلها حصة من الثمن فلا يجوز بيع أمة استثنى البائع جنينها مع انعقاده على تفرقة الولد منها.

قُلتُ: تفرقته بأن الجارية لها حصة من الثمن خلاف ما تقدم من قولها في شراء الغائب وقولها في الجنايات: إن أذن أحد الشريكين في العبد لصاحبه في أخذ حصته من ماله، وترك الآخر نصيبه بيد العبد جاز؛ لأنه هبة منه أو مقاسمة ثم إن باعها العبد بعد ذلك واشترط المبتاع ماله فالثمن بينهما نصفان؛ لأن ما له ملغى لا حصة له من الثمن، وتفرقته بأن في الجارية تفرقة بين الأم وولدها صواب به يجاب عن معارضة محمد: في توقفة مع أجازة ابن القاسم في أمهات الأولاد، منها: شراء الولد زوجته الحامل منه من أبيه؛ لأن استثناء الولد فيها للحرية والتفرقة بالحرية جائزة حسبما في التجارة بأرض الحرب منها ولم يذكر المازري في كون مال العبد لا حصة له من الثمن خلافًا لما ذكره اللخمي، قال: ولابن القاسم في كتاب الجوائح أنه يزاد في الثمن لأجله.

قُلتُ: إن قيل أين ذكر ذلك في الجوائح؟ بل نص في الجوائح منها على أنه: لا حصة له من الثمن وهو لفظ أبي سعيد كمكتري الدار وفيها: نخل لم يطب وهو تبع للكراء فاشتراطها فذلك جائز ولا جائحة في ثمرها إذ لا حصة لذلك من الثمن في الكراء، وكمن ابتاع عبدًا فاستثنى ماله ثم هلك ماله ثم رده بعيب أو استحق فإنه يرجع بجميع الثمن ولا يحط لمال العبد من الثمن شيء إذ لا حصة له منه.

قُلتُ: هذا السؤال عارض لمن قصر نظره على المختصرات دون أصولها؛ لأن أبا سعيد أخل بذكر ما أخذ منه.

اللخمي: مدعاه؛ لأن لفظها في المَدَوَّنة ما نصه، ومما يبين ذلك أن الرجل يشتري العبد ويستثنى ماله فيصاب مال العبد ثم يجد به عيبًا أو يستحق فيرجع المشتري بالثمن كله فلا يوضع عن البائع شيء لمال العبد الذي تلف وهو لو لم يستثنه كان للبائع، وفيه زيادة في الثمن فلا يوضع عنه شيء قال اللخمي: وكذلك في الموَّازية، وقال في العبد الرَّهن يجني فيسلمه سيده فيفتديه المرتهن دون إذن سيده إنه يباع بماله ويفض الثمن فما ناب المال دخل معه فيه الغرماء وهو أحسن؛ لأن ذلك معلوم أن ثمنه بماله أكثر من ثمنه دونه وأرى أنه مبيع معه كسلعة أخرى فيتقى فيه الربا والجهالة فيمنع شراؤه بالعين إذا كان ما له عينًا لوجهين: أحدهما مراعاة الخلاف للقول: إن العبد لا يملك، الثاني مراعاة لأحد قولي ابن القاسم في العبد المأذون له يشتري ابنة مولاه أنها تعتق على

السيد ولا يطؤها العبد وكل هذا إذا اشتراه بماله، وإن قال: اشتريه وماله لم يجز إلا كأنه سلعة بيعت منه قولًا واحدًا.

الصقلي: لأَصْبَغ عن ابن القاسم من قال: أبيعك عبدي هذا وله مائة دينار أوفيكها لم يجز، يريد والثمن عين، قال بعض أصحابنا: لأن قوله أوفيكها كالانتزاع ولو لم يذكر ذلك لجاز، وعن بعض القرويين لو قال: أبيعك عبدي هذا وله مائة دينار لم يجز، وقال بعض أصحابنا عن بعض شُيُوخنا: إنه جائز بناء على أن ذكر ذكرها موجب لها من الثمن قدرًا في دخول ما رد بعيب في ضمان بائعه بقول مبتاعه رددته أو بالحكم به، ثالثها يقبضه بائعه. للخمي عن ابن القُصَّار، مقيدًا له بكونه عيب رد لا شك فيه، وعنها مع إحدى روايتي المَوَّازِيَّة وأخراهما المقدمات في دخوله في ضمان البائع بإشهاد مبتاعه أنه غير راض به ولم يطل أمره بحيث يرى أنه رضيه أو بإثباته عند السلطان، ثالثها بالقضاء به أو رضا بائعه بقبضه لأَصْبَغ وغيره، وسمع ابن القاسم من وجد بعبد ابتاعه عيبًا، فلقى صاحبه فأشهد عليه أنه غير راض به وأنه برئ منه، فأقبل ليأخذ عبده فوجده هلك بعد قول المشتري أو امتنع البائع من قبضه، فذهب المشتري ليستعدي عليه فهلك العبد، فالعبد من مشتريه حتى يرده لبائعه بقضاء السلطان أو قبض البائع عبده.

ابن القاسم قال لي مالك: إذا قضى به السلطان فهو من البائع وإن لم يقبضه.

مبين قوله: قبل ذلك حتى يرده إلى البائع بقضاء السلطان. وفيما يدخل به المردود بالعيب في ضمان البائع أربعة:

أحدها: بإشهاد المبتاع على العيب وإنه غير راض به وهو قول أصبغ.

الثاني: برضا البائع بقبضه أو بثبوت العيب عند السلطان، وإن لم يحكم برده وهو الآتي على قول مالك في الموطأ وقول ابن القاسم في شهادات المدَوَّنة.

الثالث: إن رضي بقبضه، فحتى يمضي من المدة ما يمكنه فيه قبضه، وإن ثبت العيب عند السلطان فحتى يقضي فيه برده، ويمضي ما يمكنه فيه قبضه، وهو معنى ما في هذه الرواية، ولا خلاف في هذا؛ لأن حكم الحاكم لا يفتقر لحيازة وإنما يختلف إذا رضي البائع بأخذ مبيعه دون حكم هل يدخل في ضمانه بنفس رضاه أو حتى يقبضه أو

يمضي ما يمكنه فيه قبضه أو حتى يقبضه، وإن مضى من المدة ما فيه قبضه فقيل يدخل في ضمانه بنفس الرضا دون القبض، وقيل حتى يقبضه أو يمضي من المدة ما فيه قبضه، وقيل حتى يقبضه، وإن مضى ما فيه قبضه، وهو ظاهر قوله في هذه الرواية أو بأمر يعرفه صاحب العبد فيقبض عبده، وهذا هو القول الرابع على القول إن الرد بالعيب ابتداء بيع، وأن على البائع في المبيع حق توفية، وجه الأول أن المبتاع لما كان بالخيار بين الرد والإمساك شاء البائع أو أبى لم يكن لاعتبار رضاه معنى ووجب بإشهاد المبتاع أنه رد نقض البيع، وكون المصيبة من البائع والثاني على أن الرد نقض بيع فإذا وجب بثبوت العيب أو بإقرار البائع به وجب كون الضمان منه.

والثالث على القول إن الرد ابتداء بيع، وإن البائع ليس عليه حق توفية، فإذا مضى ما يمكنه فيه قبضه فالمصيبة منه وإن لم يقبضه، والرابع على أن الرد ابتداء بيع وإن على البائع فيما باعه حق توفية فالمصيبة منه ما لم يقبض المبتاع، وإن مضى ما يمكنه فيه القبض، وهذا الاختلاف جار على اختلافهم في المكيال يسقط في يد المشتري بعد امتلائه، وقبل تفريغه في إنائه، فسمع يحيي ابن القاسم ضمانه من البائع وعليه يأتي قوله في هذه الرواية فيقبض عبده، ولسَحنون في نوازله: ضمانه من المشتري فعليه يدخل المردود بالعيب في ضمان البائع بنفس رضاه بقبضه، وقد قيل على البائع في العروض حق توفية وهي في ضمانه، وإن طال الأمر، وكان قبض الثمن ما لم يقبضها لمبتاع أو يدعوه البائع لقبضها فيأبى قاله أشهب في ديوانه، وعليه يأتي القول الرابع حسبما بيناه.

وقال ابن دحون: قوله في هذه الرواية: ويقبض العبد قول غريب يوجب أن من اشترى شيئًا بعينه فمات قبل قبض المشتري إنه من بائعه، ولا خلاف في ذلك إلا في هذه القولة النادرة وليس قوله بصحيح إذ قد بينا الاختلاف فيه، وإنه قول من رأى أن على البائع حق توفية في العروض.

قال ابن دحون: وإنما الخلاف إذا احتبسه البائع بالثمن.

قال ابن القاسم: حكمه كالرهن، وقال غيره: هو من البائع.

ابن رُشْد: القولان لمالك في كتاب العيوب من المدَوَّنة فلو كان البائع لما رضي بقبض عبده أبي المبتاع دفعه حتى يرد الثمن فهلك فيما بين ذلك لجرى الأمر فيه على

هذا الاختلاف.

وفيها: إن رددت السلعة بعيب رد السمسار الجعل على البائع فأخذ منها كونه عند عدم الشرط، والعرف على البائع، وخرجه غير واحد على أن الرد بالعيب نقض بيع، وعلى أنه ابتداء بيع لا يرده، وتخريج ابن الحاجب عدم رده على أنه نقض له الآن غير بين الصقلي عن ابن اللباد معنى قولها إن لم يدلس فإن دلس لم يرد الجعل.

القابسي: وهذا إذا لم يعلم السمسار بالعيب، وإن علمه فإن رد البيع فلا جعل له وإلا فله أجر مثله.

الصقلي: أرى له ما سمى له كما كان للبائع المدلس الثمن لا القيمة إلا أن يتعامل البائع والسمسار على التدليس فيكون له أجر مثله؛ لأن البائع قال له: دلس فإن تم البيع فلك كذا، وإن رد فلا شيء لك فهو غرر.

قُلتُ: يرد بأن هذا شأن الجعل أنه لا يثبت إلا بتمام العمل إلا أن يقال هذا الغرر عارض عن شيء تسبب فيه، بخلاف الغرر الناشئ عن نفس تمام العمل، وبعد رده، ولسَحنون إنما يرد جعل السمسار برد المعيب إذا رد بقضية، وأما بتبرع فلا؛ لأنه كإقالة، قال: ولو استحق المبيع فرجع المشتري بالثمن رجع بالجعل، ولو فات بيد المشتري فرجع بقيمة العيب بقضية رجع بنسبة ذلك الجزء من الجعل، وقال بعض أصحابنا: لو حدث عند المشتري عيب واطلع على عيب قديم فإن أمسك ورجع بقيمة العيب، فكما تقدم، وإن رد المعيب وما نقصه العيب الحادث رد السمسار الجعل إلا قدر ما نقصه العيب.

وفيها: من باع لرجل سلعة بأمره من رجل إن أعلمه في العقد أنها لفلان فالعهدة على ربها إن ردت بعيب، فعليه ترد وعليه اليمين لا على الوكيل، وإن لم يعلمه حلف الوكيل، وإلا ردت عليه.

الصقلي عن الشَّيخ هذا إن بيعت بالبراءة أو كان عيبًا مشكوكًا في قدمه، فإن حلف فللمشتري تحليف الآمر ما علم بالعيب، وقاله محمد وروى يحلف الوكيل ولو بين أنه لغيره، وصوب عدم حلفه بأنه ليس له أن يقر ولو أقر إنه كان يعلم بالعيب لينقض البيع ما قبل قوله، وناقضه التونسي بقولها في الوكيل على دفع دراهم سلمًا أتى البائع

قال: هي زائفة إن عرفها الوكيل لزمت الآمر فما الفرق وقد انقضت وكالته كما انقضت هنا بعقد البيع.

الصقلي: يحتمل أنه اختلاف قول.

قُلتُ: يفرق بانقطاع ما وكل عليه في مسألة العهدة فصار كأجنبي وعدمه في مسألة الوكالات، فإن قلت: بل هو منقطع في مسألة الوكالات؛ لأنه إنما وكل على دفع الدراهم حسبما نص عليه التونسي في نقله لها، وكذا في لفظ الصقلي قال ما نصه: قال بعض فقهائنا القرويين: قال في المدَوَّنة: قال في الوكيل: على دفع دراهم سلمًا في طعام.

قُلتُ: لفظها في المدَوَّنة ما نصه.

قُلتُ: أرأيت إن وكلت رجلًا يسلم لي في طعام إلى أجل، ودفعت إليه الدراهم وذكر المسألة، وظاهر قول المازري كالصقلي أنها اختلاف قول وذكر في كتاب الوكالات عن بعض المتأخرين إنه إنما صدقه في مسألة الوكالات؛ لأن الطعام المسلم فيه لم يقبض فبقى بعض أفعال الوكيل لم ينقض فصدق، ولو قبض الطعام انقطعت وكالته ولا يصدق.

قُلتُ: وهذا مثل ما فرقت به قبل أن أراه، قال المازري: ومن المتأخرين من أنكر هذا وقال: ظاهرها تصديق ا لوكيل، ولو قبض الطعام.

محمد: وإن لم يبين أنه لغيره ثم ثبت ذلك ببينة فللمشتري رد البيع إلا أن يرضى الوكيل العهدة عليه، ولا يلزمه ذلك.

المازري: إنما لم تلزمه العهدة إن أبى مع أن سكوته عن ذكر ذلك في العقد يوجبها عليه إن لم تقم بينة بأنه وكيل؛ لأن دلالة البينة أنه وكيل أقوى من دلالة السكوت أنها عليه.

التونسي: جعل للمبتاع حجة في العهدة، وقال: إن أجاز المغصوب منه بيع الغاصب ما غصبه لم يكن للمبتاع حجة بانتقال عهدته على المستحق؛ لأن ذمة المستحق خير من ذمة الغاصب وتعقبه ابن عبد السلام بأن ا لبائع لو كان غير غاصب لما كان للمشتري أيضًا حجة في انتقال العهدة، قال: وكان يمشي في مجالس المذاكرات إن احتمال الاستحقاق قائم في كل البياعات فعسر الاحتراز منه بعيب انتقال العهدة فيه

كالعيب الذي يستوي فيه المتبايعان في الجهل به فلم يكن فيه مقال، واحتمال الوكالة ضعيف؛ لأن غالب متولي البيع مالك المبيع فعيب العهدة فيه، كالعيب الذي يمكن الإطلاع عليه وهذا ضعيف أقل ما فيه عدم تناوله مسألة الغاصب.

قُلتُ: وكان يجري لي الفرق بأن انتقال العهدة عن الوكيل أشق على المبتاع من انتقالها عن غيره من غاصب وغيره، وهذا؛ لأن كل ما يظهر من عيب قبل عقد البيع ولو بساعة لا مطالبة للمشتري به على الوكيل بحال، ولو تعذر عليه الموكل، وفي غيره له المطالبة به على بائعه منه كان غاصبًا أو غيره إن تعذر عليه المستحق المجبر؛ لأنه غريم ولا يلزم من اغتفار أخف اغتفار أشق، ووصل التونسي بفرقة المذكور قوله، ولذا أجاز لمن أخذ من رجل دراهم سلمًا في طعام لفلان وشرط عليه الدافع إن أقر له فلان وإلا فالسلم عليك، ولم يجعل ذلك غررًا في البيع فلعله يريد لتساوي الذمتين وأنكره سَحنون.

قُلتُ: انظر قوله لتساوي الذمتين هل هو تقييد لحكم المسألة بها إذا تساوت الذمتان، وأنها لو اختلفا لم تجز أو تقرير له بأن حكم الذمم التساوي وتصور اختلافها لغو، فإن كان الأول لزم إشكال أصل المذهب في إلزام المستحق منه العهدة على المستحق، وإن كان الثاني لزم إشكال ثبوت مقال المشتري في مسألة من ظهر أنه وكيل.

قُلتُ: الأظهر الأول، وجواب الإشكال أن عهدة العيب والاستحقاق أخف؛ لندور الطلب بهما لقلة وقوعهما، وتحقق الطلب في مسألة السلم، وعارض التونسي صرف العهدة عن البائع لغيره بإعلامه المبتاع أن المبيع لغيره بقولها: من ابتاع لغيره سلعة فالثمن عليه ولو كان مؤجلًا وذكر للبائع أن الشراء لغيره إلا أن يقول: هو ينقدك دوني، قال: فلم يجعل ذكره أن الشراء لغيره يصرف عنه المطالبة بالثمن لمن أعلم أنه نائب عنه وصرف عنه العهدة له بقوله له بقوله ذلك، وأجاب بأن غالب العادة أن من أمر غيره بشراء سلعة دفع له ثمنها إلا أن يقول لست من الثمن في شيء أو يقول بعثني إليك لتبيعه فهذا لا يتبع بالثمن ولو قال: لا أشتري منك إلا لفلان فرضي أن يبيع لفلان فيتبع أيهما شاء إلا أن يقول قد دفعت الثمن فيحلف ويبرأ ويتبع البائع المأمور ولم يذكر في الموَّازيَّة هل قبض الآمر السلعة أم لا؟ أَصْبَغ له في العتبيَّة عن ابن القاسم في قبض

الآمر السلعة، وقال: دفعت ثمنها للمأمور إن كان المأمور دفع الثمن للبائع صدق الآمر مع يمينه، وإن لم ينقد حلف المأمور أني ما قبضت، وأخذ سَحنون إن أشهد حين دفع الثمن إنه إنما ينتقد من ماله لم يقبل قول الآمر أنه دفعه إليه.

التونسي: وما في الموَّازيَّة خلاف هذا؛ لأنه ذكر أن الثمن لم يدفعه المأمور للبائع، وجعل القول قول الآمر، وذلك أن السلعة ليست رهنا في يد المأمور على قوله، ويشبه إذا لم يدفع السلعة أن يكون القول قوله على مذهب أشهب؛ لأنه يراها كالرَّهن بيده له حبسها حتى يقبض الثمن، وأما على قول ابن القاسم فليس له حبسها فيكون القول قول الآمر فيجب إذا دفع السلعة للآمر أن يكون القول قوله إذا لم يبق بيد المأمور عوض عما دفعه عما هو مجبور على دفعه، وجعل في العتبيَّة القول قوله: بعد دفع السلعة إذا كان هو لم يدفع الثمن للبائع فكأنه أحله محل البائع إذ الثمن لا يسقط عن المشتري بقبض السلعة منه فمتى كان الثمن لم يقبض كان القول قول المأمور، وقال: من قال: خذ لي دراهم سلما عن طعام إن الطعام لا يلزم المأمور وهو مشتر للدراهم بالطعام وبقول لو اشترى سلعة بثمن إلى أجل وأخبر أن الشراء لغيره فالثمن عليه وإن أخبر أنه لغيره حتى يقول لست من الثمن في شيء ولا فرق إلا أن يقال: القياس فيمن أخبر أن شراءه لغيره أن لا شيء عليه من الثمن؛ لكن جرت العادة أن من أمر بالشراء دفع ثمنه إليه في غير السلم فبقي على أصله.

قُلتُ: سمع أبو زيد ابن القاسم في جامع البيوع من استعان رجلًا يبتاع له سلعة فلما ابتاعها واستوجبها قال لبائعها: خذ ذهبك من هذا هو رب السلعة فادفعها إليه، ففعل البائع ثم وجد في الذهب نقصًا وغاب قابض السلعة أو فلس إن كان المستعان لم يعلمه ذلك كان عليه بدلها.

ابن رُشْد: يريد: إن لم يعلمه عند الشراء أنه إنما يشتري منه لفلان وأنه إليه يدفع ومنه يقبض فعليه البدل، ولا ينفعه ذلك بعد الشراء إلا أن يصدقه في ذلك، ولو قال عند الشراء: إنما اشتريتها لفلان ودفع إليه هو الثمن وقال: إنه مال فلان، فوجد فيه نقصًا وقد غاب فلان لوجب على المشتري البدل ما لم يصدقه البائع على ذلك ويبيعه عليه بتصريح على قياس قول أَصْبَغ في نوازله مثل هذا خلاف قول ابن الماجِشُون.

وفيها: ما باع الطوافون والنخاسون، ومن يعلم أنه يبيع للناس لا عهدة فيه عليهم في عيب ولا استحقاق والتباعة على ربها إن وجد وإلا اتبع.

قُلتُ: ذكرها الأكثر ولم يقيدوها بشيء، وقال المازري: لكن يؤمرون بإعلام مشتري السلعة من وكلهم على بيعها ليحاكموه فيها.

قُلتُ: انظر إن عجزوا عن تعيين البائع هل تلزمهم العهدة أم لا؟ وكثيرًا ما ينزل ذلك، والأظهر أن يشدد عليهم في طلب تعيينه وأن يؤمروا بأخذ الضامن ممن لا يعرفونه من بائع فإن لم يفعلوا ذلك بعد التقدم إليهم في ذلك كانت العهدة عليهم؛ لأن ذلك مصلحة عامة حاجية كتضمين الصناع، ولابن أبي زَمَنَيْن عن كثير من شُيُوخه إن قال السمسار: لا أعرف البائع حلف، فإن نكل واستريب سجن قدر ما يراه السلطان.

وفيها: لا عهدة على قاض ولا وصي فيما وليا بيعه، والعهدة في مال الأيتام.

اللخمي والمتيطي: القاضي كالوصي في أن لا تباعة عليه.

المازري: اختار محمد إثبات العهدة عليهم وعلى الوكيل المفوض إليه، وكان بعض أشياخي يشير إلى أن العهدة عليهم إنما يتصور فيما باعوه من أموال اليتامى لتجارة لفعلهم ذلك اختيارًا، إذ لا يلزم الوصي التجر بمال يتيمه وإذا فعل ذلك صار كالوكيل المفوض إليه الذي يقضي بالعهدة عليه؛ لأنه أحل نفسه محل مالك السلعة.

قُلتُ: ما ذكره عن محمد في إثبات العهدة على الوصي لا أعرفه لغيره ولم يذكره اللخمي نصًا إنما قال: وكذلك الوصي يبيع لنفقة من يلي عليه أو لبعض مؤنه، أو لصدقة ويبين ذلك فلا تباعة عليه، إنما يرجع في عين ذلك الشيء، إن وجد قائمًا فإن أنفقوه لم يرجع عليهم بشيء، ولو اتباع به رقبة وأعتقته ففي نقضه عتقها قول وصاياها، وقول الموَّازيَّة لا يرد ويغرم الوصي، انتهى.

قُلتُ: فقوله: ويغرم الوصي يدل على أن العهدة عليه، ثم قال: إن تجر الوصي ليتيمه أتبعت ذمته كالوكيل المفوض إليه ولابن حارث عن محمد الذي يأخذ به أن الوصي والوكيل المفوض إليه تلزمهما اليمين وإن أخبرا أنه لغيرهما إلا أن يشترط ذو الفضل منهم أن لا يمين عليه فأجيز له ذلك، وذكره اللخمي رواية لمحمد قال: وإن كان البيع لإنفاذ ديون على مفلس رجع على الغرماء، ولو استهلكوا المال أو ضاع لهم

وبيع العامل في القراض كبيعه ملك نفسه، وإن كان رد المال صفقة لربه، فللمشتري أن يتبعه أو رب المال ما لم يجاوز ما قبضه رب المال فيتبعه العامل بالزائد، ويبيع أحد الشريكين في معين حظ شريكه كوكيل عليه، وفي غير معين كبيعه ملك نفسه، ونقل المازري كاللخمي، وسمع أَصْبَغ ابن القاسم: من باع عبدًا سرقه لربه أجازه بيعه ولا رد لمشتريه وعهدته على ربه.

☙ ❧

فهرس الموضوعات

☙❧

